הלכה · משנה תורה · מפרשים · שורשי הים · ספר משפטים

שורשי הים על משנה תורה, הלכות שכירות

רבי יצחק מאיו

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שורשי הים על משנה תורה, הלכות שכירות

רבי יצחק מאיו

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שורשי-הים-על-משנה-תורה-הלכות-שכירות/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ד 4
פרק ג 6
הלכה ח 6
פרק ז 8
הלכה א 8
הלכה ו 20
פרק ט 24
הלכה י 24
פרק י 25
הלכה א 25

פרק א

הלכה ד

שורש דין שומר שמסר לשומר שני עבר **השומר ומסר לשומר הב' אם יש עדים ששמרה השומר הב' כדרך השומרים ונאנס פטור ואם לא יש עדים חייב השומר הא' לשלם.** הנה הטור ז"ל סי' ע"ב ס"ל כתב בראובן שמשכן משכון ביד שמעון ושמעון נתנו ללוי ונאבד מיד לוי כו' ואם יש עדים ששמרו לוי כראוי ונאנס ממנו נפטר שמעון וכ"פ מרן בשולחנו הטהור שם יע"ש מבואר יוצא מלשון זה דאי ליכא עדים ששמרו לוי כראוי אע"ג שמעידים שנאנס המשכון או הפקדון ממנו לא נפטר שמעון בעדות זה משום דאכתי מצי הלוה למטען שמא השומר הב' פשע בשמירתו ומתוך כך נאנס וכיון דאכתי צריך השומר השני לישבע שלא פשע מצי הלוה למטען את מהימנת לי בשבוע' האיך לא מהימן לי ואכתי חשיב השומר הא' משואיל"מ. וק"ט דמאחר דלדעת מרן בסי' רצ"ד ס"ב אין השומר חייב לישבע שלא פשע אלא ע"י גלגול שבועה דשאינה ברשותו שנאנסה וכל היכא דאיכא עדים שנאנסה דלא משתבעי עיקר שבועה דשאינה ברשותו אף שבועה שלא פשע לא מיחייב כיע"ש א"כ כל שיש עדים שנאנסה ביד השומר הב' אפילו אינן יודעים אם פשע בה או לא מפטר שמעון כיון דתו ליכא עסק שבועה על לוי וכעין זה הוקשה לו להש"ך סי' רצ"א סקמ"ח על דברי הסמ"ע וז"ל כתב הסמ"ע ויכול הוא לישבע פי' שיכול הוא לישבע שלא פשע הב' ושלא שלח יד עכ"ל : ולא פי' יפה דברי הרמב"ם והמחבר דס"ל לקמן סי' רצ"ד ס"ב דעיקר שבועת השומרים היא שנגנבה ושבועה שלא פשע ושלא שלח בה יד היא רק מצד הגלגול ואם יש לו עדים שנגנבה פטור א"כ ה"ה הכא אם יש לו עדים שנגנבה פטור או שיכול רק לישבע שנגנב אצל השומר הב' פטור וכן הוא בהרא"ש פרק המפקיד להדיא הדין זה תלוי בהך דינא דלקמן סימן רצ"ד וכן הוא בריי"ו ז"ל וגם הטור שכתב כו' ר"ל כן ולא כב"ח שפי' דבריו שצריך עדים על כל ג' שבועות עכ"ל יע"ש:

איברא שמה שתמה הרב על הסמ"ע לכאורה משמע דלק"מ דהיכא דהשומר הראשון בא לישבע עיקר שבועת השומרים שנאנס הפקדון ביד השומר הב' חל עליו חיוב שבועה דשלא פשע ושלא שלח בה יד דומיא היכא דנאנס הפקדון בידו ממש דצרי' לישבע גם שלא פשע ושלא שלח בו יד ודוקא היכא דיש עדים שנאנס הפקדון הוא דכתבו הרא"ש וריי"ו ז"ל דתו אין כאן שבועה דשלא פשע ושלא שלח בו יד כיון דאין כאן עיקר שבועה דנאנסה אבל כשאין עדים בדבר אלא השומר הא' בא ליפטר עצמו בשבועה צריך לישבע על הכל דומיא דהיכא דנאנסו בידו ושפיר כתב הסמ"ע דיכול הוא לישבע שלא פשע

ושלא שלח בה יד קאמר אמנם נראה דכונת הש"ך להשיג על הסמ"ע דמשמע מדבריו דאם השומר הא' אינו יכול לישבע שלא פשע ושלא שלח יד השומר השני מפני שלא ידע בבריא כן מיחייב השומר הראשון לשלם מטעמא דמצי המפקיד למטען את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה והו"ל משואי"ל משלם וע"ז השיג עליו הרב ש"ך דכיון דשבועות הללו אינן מעיקר השבועה אלא באות ע"י גלגול הא קי"ל היכא דטעין על הגלגול אינ"י לא חשיב משואיל"מ כמ"ש הטור ומרן בסי' צ"ד ס"ב וס"ט דאין מגלגלין טענת איני יודע של הנתבע וכ"כ הטור בשם הרא"ש בסי' ע"ה סט"ו ועיין במה שכתבנו אנן יד ענייי בה' מו"ל פי"ג ה"ד יע"ש וכיון שכן כי טעין השומר הראשון שלא ידע אם פשע השומר הב' או אם שלח בו יד הו"ל כטוען על הגלגולים אינ"י דלא חשיב משואי"למ ונשבע עיקר שבועתו שנאנס ועל הגלגולים נשבע שאינו יודע ומפטר זה נלע"ד כונת הש"ך ז"ל ואם כנים אנחנו בזה נראה דאף השומר עצמו שטען שנאנס הפקדון מידו והרי הוא נשבע שנאנס ולא רצה לישבע שלא פשע ושלא שלח בו יד דטען איני יודע אם פשעתי קודם ולא שמרתיו כראוי או אם שלחתי בו יד מקודם לא מחייבינן ליה לשלם אלא נשבע שאינו יודע ומפטר ודבר זה חידוש הוא ועיין במ"ש בפי"ג מה' מ"ול ה"ד ד"ה וראיתי להסמ"ע בשם הדרישה בס"ס רכ"ג וכע' צ"ת:

וזו ק"ל על הש"ך דאדק"ל ע"ד הסמ"ע תיקשי ליה הכי על דברי מרן עצמו שכתב שם כמ"ש כאן דצריך שיהיו העדים מעידים ששמרו השומר הב' כראוי ושנאנס הפקדון ובזה יפטר השומר הא' ולפי שיטתו מה צורך לעדים שיעידו ששמר כדרך השומרים בשיעידו שנאנס לבד דיי לפוטרו לשומר הא' וכמו כן ק' בדברי רבינו כאן שכתב כדברי מרן ז"ל וליכא למימר דשם בסי' רצ"א לא הצריך מרן שיעידו העדים כן אלא מפני שכתב שם שמסרו לשומר הב' ומיעט בשמירתו שהיה ש"ש ומסרו לש"ח דהו"ל פושע הילכך לא מיפטר הא' עד שיעידו עדים שלא פשע הב' בשמירתו ושנאנס אבל בעדות שנאנס לבד לא מיפטר דהו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס וחייב דהא ודאי בורכא היא דמלבד דמדברי רבינו כאן מבואר דאפילו בש"ש שמסר לש"ש שלא מיעט בשמירתו לא מפט' השומר הא' עד שיעידו העדים ששמרה השומר הב' כראוי ונאנסה אף גם זאת אי מה"ט דצריך מרן שיעידו העדים כן מה הועיל בזה ס"ס השתא נמי שמעידים שלא פשע השומר השני ונאנס תחילתו בפשיעה וסופו באונס מקרי וכמו שהוק' לו להלח"ם שם ולרש"ל ומהר"ש בביאורי הסמ"ג מ"ש הש"ך שם סקמ"ו וע"כ ליישב כמ"ש ז"ל שם וא"כ הדרא קושיין לדוכתא וכעת צ"ע:

ולענין הלכה למעשה מאחר דלדעת הרא"ש והטור ודעימייהו לא מפטר השומר הא'

אלא עד שיעידו העדים שלא פשע ושנאנסה מידו וכן כי משתבע השומר הא' לא מפטר עד שישבע שלא פשע השומר הב' ושנאנסה מידו וגם מדברי רבינו ומרן בש"ע מבואר כן אע"ג דלדידהו שבועה שלא פשע אינה מעיקר שבועה אלא היא באה ע"י גלגול מ"מ בשומר שמסר לשומר לדידהו לא מפטר השומר הראשון עד שידע שלא פשע השומר השני ודאי דהכי נקטינן ועיין בס' דברי אמת בקו' הה' דל"ג ע"ג ד"ה וראיתי להרא"ש כו' יע"ש וכתב הש"ך בס"ק קל"ג דהיכא דאיכא עדים שלא פשע השומר הב' הנאנס הפקדון מידו מלבד שנפטר השומר הראשון שהוא המלוה מדמי המשכון במה ששוה יותר מדמי הלואתו אף דמי הלואתו נמי גובה מן הלוה ושלא כדברי הב"ח ז"ל שכתב דאין הלוה חייב לשלם דמי החוב ע"פ העדאת עדים כיון שהמלוה אינו טוען בריא הו"ל כהלויתיך ואיני יודע אם פרעתני י"ש וכדברי הש"ך כתב ג"כ הרב ראש יוסף בסוף אות ע"ט יע"ש וכן דעתי נוטה להלכה ולמעשה אמנ' היכא דהמלוה נשבע שלא פשע השומר השני ושנאנס מידו אז אף הב"ח ז"ל אזיל ומודה דגובה נמי חובו וברור והיכא דנשבע השומר הב' בזה כתב הש"ך דצ"ע אם גובה המלוה חובו יע"ש:

ולא זכיתי להבין מאי קמספ"ל דודאי אי מאמינו הלוה בשבועתו למה לא ישלם לו דמי חובו ג"כ ואם אינו מאמינו אף דמי המשכון יתרים על דמי החוב מיחייב המלוה לשלם ללוה דמצי למימר את מהימן לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה ומיהו אפ' דאפילו במאמינו בשבועתו מספ"ל דאכתי לענין דמי החוב שביד הלוה הו"ל כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך כיון דהמלוה גופיה איהו לא קטעין בריא כמ"ש הב"ח ז"ל וכיון דהשומר השני אינו נאמן אלא בשבועה אין כאן עדות כלל להחשיב עדות זה כטענת בריא למלוה ודוק:

פרק ג

הלכה ח

רועה שהניח עדרו ובא לעיר כו' ובאו זאבים וטרפו ארי ודרס אין אומרים אילו היה שם כו'. נ"ב בגמ' דמציעא דק"ו ע"א ופריך שם בגמ' אם הוית התם הוה מקיים בי גם את הארי ואת הדוב הכה עבדך כו' ולימא ליה דלניסא רבה לא הוה חזינא לניסא זוטא חזינא והק' שם התוס' ד"ה לניס' תימא מאי קשיא הא אמרן לעיל דכי אמר ליה זרעא חטין וזרעא שעורין ואשתדוף דמצי אמר ליה אי זרעת חיטין הוה מקיים בי ותגזר אומר ויקם לך וכ"ש כשלא זרעא כלל דליכא הוכחה שהיה ראוי להשתדף וי"ל דשמואל מיירי כגון שאמר ליה זרע כל מה שתרצה דהשתא לא מצי למימר הוה מקיים בי ותגזר כו'

דבסתמא לא היה מקבל קב"ה תפילתו של זה שיצליח כל מה שיזריע אם לא שיעשה לו נס ולא קאמר לעיל הוה מקיים בי ותגזר כו' אלא למי שמתפלל על מין אחד של חטין כו' ובכונת דברי התוס' הללו מצאתי בכת"י לא' מקדושים לא ידעתי למי שפי' דברי וז"ל פי' דבריהם ותורף קושייתם ותירוצם בקיצור דהוקשה להם מאי מק' הש"ס מההיא דרועה וסלקא בקשיא הא לעיל אמרי' גבי זרעה שערי דמצי א"ל מחכיר אי הוית זרעה לה חיטי הוה מקיים בי ותגזר אומר כו' ושם הוה שייכא נמי הך תיובתא דברייתא דרועה דאי הכי הוא דטענינן הוה מקיים בי כו' נטעון נמי לרועה הוה מקיים בי כו' ולא אקשי שם מידי משמע דהיינו משום דלא ראי זה כראי זה דמאי דטוען מחכיר הוה מקיים בי דהיינו משום תפילה שהתפלל בתחילת השנה שתצליח תבואתו ומה שהיה ניצול שדהו משידפון היינו משום ליתא דתפלה כי לא בזה ולא שקץ ענות עני ושומע תפלה כל פה אבל גבי רועה טענת גם את הארי גם את הדוב היא טענת נס וכל כי הא לא טענינן ליה ומש"ה לא הוה קשיא מהך ברייתא אף דהתם איכא הוכחה שנגזרה גזירה על השדה הלזו וא"כ כ"ש הכא דלא מוכח דמצי שפיר לטעון הוה מקיים בי בימי רעבון ישבעו והיינו מטעם תפלה שהתפלל שתצליח תבואתו ולאו משו' ניסא נקט האי קרא והא דלעיל לא נקט האי קרא היינו כדכתב הנמק"י דהתם קמשתעי דאשתדוף רובא דבאגא דשערי דלא מצי למימר עת רעה וימי רעבון א"כ לא היה צריך לטעון מזה הפסוק. אבל שמואל קא משתעי בזרעא חיטי וכולהו דאשתדפו חיטי דהא איכא רעבון ואפ"ה ישבעו משום דלא תשדף שדהו משום התפלה והיינו הך נמי מילתא דותגזר אומר ומאי דלא נקט הכא ותגזר אומר משו' דהתם שייך שפיר כיון דרובא דבאגא דאשתדפו הוו שערי והוא אמר חיטי מוכח בספק קרוב לודאי ששדהו לא היתה נשדפת אי הוה זרעה חיטי דשערי אשתדפו ולא חיטי אבל הכא דאף חיטי אשתדפו הוא מדרגה יותר עליונה קצת מש"ה נקט הך קרא שאף שהחטים אשתדפו הוה מתקיים בי בימי וא"כ קשה מאי קאמר קשיא מה ענין תפילה אצל נס דנס לא טענינן אבל תפלה טענינן זו תורף קושייתם ולזה תירצו וי"ל דשמואל קמיירי בשאמר לו זרע כל מה שתרצה דהשתא אפי' ותגזר אומר לא מצי למימר משום דהוי ניסא וקרא לא קאמר אלא משום תפלה ולא נס ומאי דנקט שמואל הך קרא דבימי כו' ודאי הוא משום נס ולא מילתא דתפלה והשתא מק' שפיר מנס לנס אבל לעיל שהיה תפלה לא שייכא הקו' ושפיר טעין הוה מקיים בי ותגזר זו היא כונת התוס' ז"ל לע"ד ודוק הגם שהוא דוחק ע"כ מצאתי:

פרק ז

הלכה א

שורש שכירות ליומיה ממכר הוא שכירות **מכירה לזמן קצוב הוא כו'**. ע"כ. והנה הטור ז"ל בסי' קע"ה סצ"ב כתב משם תשו' הרא"ש דאף בשכירות יש משום דין בין המצר משום דשכירות ליומיה ממכר ומטעם זה יש בו הונאה וה"ה לענין מצרנות דשייך בו הטוב והישר כמו גבי מכר יע"ש. וכתב הרב החבי"ב ז"ל בכנה"ג בסי' הנז' אות קכ"א דאף לדעת רבינו דס"ל דשכירות אין בו מצרנות אע"ג דשכירות ממכר ליומיה אינה מכירה גמורה כמכר ולהכי אין בו דב"מ ועל דברי הטור והרא"ש ק' מה שהק' הרב בני חיי שם אות מ"ה בשם הפ"מ ח"א סי' ל"ג דהתוס' בהזהב דנ"ו ד"ה והאי ביומיה ובע"ז דט"ו כתבו דדוקא גבי אונאה דאיכא ממכר מיותר אמרי' שכירות ליומיה ממכר אבל למילי אחרינא לא. והוא ז"ל תירץ דכונת הרא"ש דכיון דטעמא דתקנה זו דהמצרן קודם הוא משום ועשית הישר ושייך ג"כ בשכירות אע"פ שאין למדים ד"ס מד"ס כיון דאשכחן דאקרי שכירות מכר גבי אונאה יש לנו לומר דבכלל תקנתם במכר נכלל ג"כ שכירות כיון דאיתיה לטעם ועשית הישר וכל כה"ג למדי' ד"ס מד"ס:

וראיתי למוהר"י קולון שורש כ' וע"ע בשרש קי"ח שכתב דמכי' קוטמ'ו אע"פ שהוא לזמן ואינו אלא כעין שכירות מ"מ הרי הוא בכלל מכירה סתמא כדמשמע בהזהב גבי אונאה כו' הרי דבלשון ממכר סתמא גם שכירות במשמע וזהו שהשוו חכמים דין שכירות לדין מכירה לענין אונאה ולענין שהוא נקנה בכסף בשטר ובחזקה בפ' השואל יע"ש. וזה תימא היאך הביא ראיה מאונאה דלפי דברי התוס' הנז' אדרבא מהתם משמע איפכא דדוקא התם דאיכא ממכר יתירה הוא דאמרי' דשכירות ליומיה ממכר אבל למילי אחרינא איברא כי לפי מ"ש הריטב"א ז"ל שם בחי' בפ' הזהב וז"ל הא דאמרי' בפ"ב דע"ז כי שכירות לא קנייא התם לא קאמר אלא לענין שהבית אינו נקרא ביתו של שוכר אלא ביתו של משכיר או הפרה אינה קרויה כספו של כהן אבל מ"מ קנייה להשתמש בהם בזמן השכירות א"ן הכא מקרא יתירה דריש דכתיב ממכר לרבות מכר כל שהוא דלענין אונאה קרוי מכר תוס' עכ"ל הנה לפי תירוץ הראשון אין קושי' למוהריק"ו אמנם לא ידעתי אמאי לא נרגש מדברי התוס' וכדבריו לא יתכן תירוץ הרב בני חיי שתי' לדברי הראשונים שכתבנו לעיל וצ"ע:

עוד ראיתי למוהריק"ו ז"ל שם שכתב דמכירה קטומה מכירה גמורה היא אלא שהיא לזמן שהרי כל ימי משך קטומו רשאי המקבל לעשות במשכונות החנות כטוב בעיניו הן למוכרן הן ליתנם במתנה ואפי' לזורקם לאיבוד אם ירצה רק שיפרע למוכר החנות

הסך שנתחייב לו בעבור הקוטמו ההוא ואין למוכ' על המשכונות ההם כי אם אחריותו עליהם או על תמורתם אבל גוף הממון בחזקת הלוקח ופשיטא שאע"ג שהקוטמו עתיד לצאת ממנו בכלות הזמן לא יגרע מלהיות מכר גמור כל אותו הזמן דאלת"ה המוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג לא תקרא מכירה שהרי עתיד השדה להחזיר לבעליו בזמן היובל וא"כ בטלה כל מכירות שבתורה בזמן שהיובל נוהג עכ"ל ולא ידעתי מה דמיון מביא מההיא דבזמן שהיובל נוהג דהתם זביניה מעליא הוי ויובל אפקעתא דמלכא הוא כדאמרינן בפרק המקבל מציעא דק"ט ע"א משא"כ במכירת חנות קוטמו דכיון דאינו אלא לזמן הו"ל מכירה לפירות ולא מקרי מכירה סתמא ושוב ראיתי שכדברי מוהריק"ו הללו כתבו המרדכי בפרק האומנים סי' שנ"ז והגהות מיימוניות בפ"ה מה' שכירות לענין שכירות דחשיב כמכר ומצי השוכר להשכיר לאחר והביאו ראיה בשם מוהר"ם ממוכר בזמן שהיובל נוהג יע"ש והרב בני אהרן בתשו' ח"א ד"ב ע"א ד"ה ולענין תמה עליהם מההיא דפרק המקבל כמדובר ועוד תמה עליהם דמההיא דמוכר בזמן שהיובל נוהג אין ראיה לשוכר דיכול להשכיר דהתם מוכר גוף ופירות לזמן משא"כ בשוכר שאינו מוכר לו לגוף אלא לפירות יע"ש והאמת אתו כדאמרינן בפרק השולח גבי פלוגתא דר"י ור"ל גבי מוכר שדהו לפירות אי מביא וקורא אי קנין הפירות כקנין הגוף דמי ואמרי' דאזדו לטעמייהו דאפליגו ג"כ בלוקח שדה דמביא בכורים בזמן שהיובל נוהג דמביא וקורא ואמרי' דאצריכו תרוייהו דאי פליגי דוקא בזמן שהיובל נוהג הו"א דבהא דוקא קאמר ר"י דמביא וקורא משו' דכי קנחית אדעתא דגופיה קנחית ואפי' שהוא לזמן משא"כ במוכר לפירות דכי קנחית אדעתא דפירי דוקא נחית יע"ש:

ושוב ראיתי בחי' הרב בשיטה המקובצת לכתובות פרק אע"פ דכ"ב ע"א שכתב בשם הרמב"ן עלה דקתני בתוספתא במציעא השוכר שדה מחבירו ועמד השוכר והשכירה לאחר רשאי בע"ה שיאמר לו כו' עמד בע"ה ומכרה מחשבן עם בע"ה וכדרך שהאריס השני נהנה כך משלם לראשון וכתב ע"ז הרמב"ן והא דקתני בתוספתא במכירה כדרך שהאריס כו' דאלמא מכורה היא מעכשיו לגמרי ולוקח מוריד בה אריס דכיון דמשלם בע"ה לאריס מה הוא מפסיד ושמעינן מינה להאי פירושא דשכירות ושאלה וה"ה משכנתא באתרא דלא מסלקי לגופא קני ליה למילתיה ויכול הוא למכור זכותו וקונין ממנו בכס' ובשטר ובחזקה דהא קרינן ביה ביתו שלו לענין הקדש וכ"כ קצת הראשונים וכן במטלטלין שאולין או שכורין שואל מקדיש לפי טובת הנאה שבו ונותן ומתנה חלקו לאחרי' במשיכה והוא שיהא רשאי להשכיר וכדתנן השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה והשואל ישלם לשוכר דאלמא משאיל הוא זכותו ואפי' רבי יוסי לא פליג

אלא משום דכיון דגופא דמשאיל הוא היאך הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אבל זכותו דשוכר קנין הגוף הוא וסמך לדבר שדה מקנה בשעה שהיובל נוהג דאפי' למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף הוא מקדישו ומוכרו עד שתחזור לרשותו ובעל שדה נמי מקדיש ומוכר כו' יע"ש הנה הרב ז"ל לא הביא ראיה גמורה ממוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג משו' דאיכא למימר ולמדחי כההיא דפ' המקבל דיובל אפקעת' דמלכא הוא ולא הביא מהתם אלא סמך בעלמא ודוק:

והנה מבואר יוצא מתוך דברי הרמב"ן הללו דאע"ג דהשוכר והשואל יש לו כח וזכות בגוף הקרקע או המטלטלין לענין השכורין לו דאם בא להשכירו מצי להשכיר זכותו שלו בדרכי הקניה מיהו אינו יכול להשכיר או להשאיל לאחרים אלא ברשות בע"ה ומבואר מדבריו דאע"פ דיש לו לשוכר להקנות זכותו לאחר ברשות בע"ה מ"מ אינו יכול לעשות סחורה ולהרויח באותו זכות שיש לו כיון דגוף הדבר הוא של בע"ה דמה"ט כתב הוא ז"ל דההיא דאמר ר"י גבי השוכר את הפרה ושאלו לאח' ומתה דתחזור הפרה לבעלי' הוא משום דכיון דגופה של פרה הוא של בע"ה אע"פ שהשוכר השאיל' ברשו' בע"ה כדאמרינן התם בפרק המפקיד אפ"ה כי מתה תחזור הפרה לבע"ה ולא לשואל לדעת ר"י דקי"ל כוותיה משום דלא נתן לו רשות אלא להשאילה ולא להרויח בה זה נראה כונת דבריו ז"ל ולפ"ז נראה דאין השוכר יכול להשכיר לאחר ביותר שכר ששכר לעצמו אפילו אם נתן לו רשות ואם עשה כן היתר הוא של בע"ה עד שימחול לו בפי' אף היתר ועיין להר"ן שם בכתובות פ' אע"פ שדקדק ג"כ מדברי התוספתא כדברי הרמב"ן דאף השוכר יכול להשכיר זכותו אלא שלא ביאר אם צריך רשות בע"ה או לא יע"ש ועיין עוד להר"ן ז"ל בפי' למ' נדרים ר"פ השותפין דמ"ו ע"ב ד"ה אביי אמר אפי' בבציר כו' ושם ד"ה ואם אין לו בהם תפיסת יד כו' יע"ש:

והרב ז"ל בפרק כיצד הרגל גבי ההיא סוגיא דדר בחצר חבירו כתב וז"ל ועוד אני אומר היכא שהמשכיר שכרה מבעליה בזול והוא שכרה לאחר ביוקר נחזי אנן אם לא היה רשאי לשוכרה לאחר כיון שהיו בני ביתו יותר מרובים של זה האחר שורת הדין נותנת שיתר מותר הדמים שהרויח לבע"ה דאיך יעשה זה סחורה בחנותו של חבירו כדאמרינן בפרק המפקיד דקי"ל כר"י דאמר גבי המשכיר פרתו של חבירו כו' תחזור לבעלים הראשונים כלומר שהבעלים הראשונים מקבלים הדמים ולא השוכר דכיצד יעשה השוכר סחורה בפרתו של חבירו ומיהו אם היה רשאי לשוכרה כגון שהתנה עמו הוא או שלא היו בני ביתו של זה האחר אשר שכרה לו מרובים ממנו נראה שהרויח למשכיר זה שהרי בשעה ששכרה לו בע"ה בסך זה ולא התנה עמו כלום הרי הדין מחיל

ליה וכיון שהדין נותן שיכול להשכירה לאחר כדאמרן מה נשאר שיערער אי משום שקשה עליו מה שמרויח זה וכי מי לא עסקי' שאפילו היה מרויח השוכר עצמו שלא היה מוצא כ"כ בזול מאחר אפילו הכי שכרה לו בכך ומה לי ריוח זה ומה לי ריוח אחר ועוד דזה נהנה וזה אינו חסר ולא דמי לפרה דר"י שאין השוכר רשאי להשכיר וכ"ש להשאיל כנ"ל:

וראיתי להרב בני אהרן ד"ב ע"ב שכתב וז"ל הן אמת שדברי הנ"י הם מגומגמים דמ"ש נדון זה מההיא דפרה דר"י דאי מפני שיכול להשכיר' לאחרים גם שם מיירי שיכול להשכיר הפרה לאחר וקנויה לו כל ימי השכירות וראיתי להתוס' שם בפרק המפקיד עלה ל"ה שכתבו דטעמו דר"י משום דסבר דשוכר לא קני לה אלא בשבועה ומשכיר יאמר לו דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל ולפ"ז כתבו דאם המשאיל עצמו היה שם בשעה שמתה ביד שואל מודה ר"י דשוכר קני לה דהשתא אין השוכר צריך לעשות כלום וא"כ גם בנ"ד דאין השוכר צריך לעשות כלום במה יקנה המשכיר הראשונים אין לו כלום אבל הרא"ש כתב שם שטעמו משום דחשיב שוכר כאלו השאילה לאחר בשליחו' המשכיר הילכך דין המשכיר עם השואל עכ"ל. ולטעם זה הסכים ה"ה בפ"א מה' שכירות וגם הנ"י נראה שמסכים לטעם זה שכתב שם וז"ל תחזור הפרה לבעלי' הראשונים דס"ל לר"י דשואל שומר דבעלים חשבינן ליה ונכנס תחתיו דשוכר ולא מצי אמר ליה לאו בע"ד דידי את ולא שייך הכא שבועה כלל דהכא מיירי שאנו יודעים שמתה והשואל נמי מודה שמתה כדרכה דאי לא ידעינן שמתה אלא מפי השואל יש לו לישבע שאינה ברשותו עכ"ל : נראה מדבריו שמסכים לטעמו של הרא"ש ז"ל וכיון שכן קשה מ"ש נ"ד מההיא דפרה ומה שנ"ל בזה דדעת הרב דשם בגמ' הקשו בהא דאיך השכיר שוכר זה פרה זו והא קי"ל שומר שמסר לשומר חייב ותירצו בשנתנו לו הבעלי' רשות וא"כ אפוא יש חילוק גדול ביניהם דבשלמא התם אינו יכול להשכירה לאחר אם לא נתנו הבעלים רשות וכיון שכן נמצא שאינו שלו אמנם בנ"ד שיכול להשכירה בלא רשות המשכיר הוי שלו וק"ל עכ"ל הרב בני אהרן ז"ל יע"ש:

ולא זכיתי להבין תירוצו שתירץ לדברי הנ"י ז"ל דהתירוץ שהיה רוצה לתרץ ע"פי דברי התוס' ק' דהעיקר חסר מדברי הנ"י ולתירוץ הב' קשה שהרי בנדון הנ"י נמי כל שאין לו רשות להשכיר כגון שבני ביתו של השוכר מרובים הם אם נתן לו רשות המשכיר להשכירו לאחרים אפי' שהם מרובים כששכרה להם ביוקר לפי דבריו ז"ל הדין נותן שיהיה השכר למשכיר הא' דומיא דפרה דר"י ואלו מדברי הנ"י ז"ל מבואר דכל דהתנה עם המשכיר להשכירה לאחרים מרובים השכר הוא של השוכר שזה הפך ההיא דר"י

ושוב ראיתי להרב מח"א ז"ל ה' שכירות סי' י"ט ד"כ ע"א תמה על הרב"א ז"ל בזה יע"ש:

ומ"מ לעיקר קושיית הרב בדברי הנ"י נלע"ד דלא קשיא דדעת הרב ז"ל הוא דלמאי דקי"ל כרבא דטעמא דשומר שמסר לשומר דחייב אינו אלא משום טעמא דמצי א"ל את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה ולא משום טעמא דאביי דאמר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר משום דכיון דמסרו לבן דעת אין כאן קפידה וליכא שום פשיעה ולפו' האי טעמא דרבא מבואר דכל היכא דהשומר הראשון יכול לישבע כדקתני מתני' א"נ כל היכא דלא בעי שבועה תו ליכא למחייביה לשומר מעתה אין צורך לאוקומי מתני' בשנתן בע"ה רשות דאפילו לא נתן לו רשות נמי שפיר קתני במתני' דלת"ק נשבע שוכר ונפטר כיון דלא פשע אלא איסורא הוא דעבד שהשאילו שלא מדעת בעלים והשואל ישלם לשוכר ולר"י אע"ג דלא מיחייב שוכר משום פשיעה שמסרו לשואל שהרי מסרו לבן דעת מיהו כיון דהשאילו של"מ השוכר הריוח הוא לבעל הפרה כיון דגופה דידיה ואיך יעשה הלה סחורה בפרתו של חבירו ואע"ג דמדאביי נשמע דאפילו נתן לו רשות בע"ה מיחייב לר"י מטעמא דאיך יעשה סחורה בפרתו ש"ח מ"מ כיון דלרבא אין הכרח לאוקומי מתני' בשנתן לו רשות בע"ה א"כ ליכא נמי הכרח לומר דלר"י אפי' נתן לו רשות בע"ה הריוח לבע"ה אלא כל שנתן לו רשות ודאי הריוח לשוכר והן הן דבי הנ"י ז"ל ועיין בש"מ להרב שם בפרק המפקיד דל"ו ע"ב ד"ה והשואל ישלם לשוכר שכתב כן בהדיא דלרבא דהלכתא כוותיה מתניתין אתייא כפשטא ואין צורך לאוקומי בשנתן לו רשות בע"ה להשאילו יע"ש ועיין להרב נ"מ דקע"ו ע"א וע"ב:

ולענין הלכה כתב הרב"א שם דאף על גב דלדעת הרמב"ם בפ"ה מה' שכירות והר"מ שהביא המרדכי והגהות מיימוניות להרשב"א בת' סי' אלף נ"ב ואלף קמ"ה ס"ל דהשוכר יכול להשאיל ולהשכיר ביתו לאחרים כיע"ש מ"מ הרב בעל העיטור באות שכירות עלה ל"א ע"ג כתב הפך דבריהם גבי ההיא דר"ג וזקנים שהיו באים בספינה ואמר ר"ג עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו וכתב הרב וז"ל ור"י ששכרה לראב"ע כשנתן לו רשות דהא קי"ל אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר אא"כ נתנו הבעלים רשות עכ"ל. הרי דסובר ז"ל דאף בקרקע אמרו אין השוכר רשאי להשכיר וזו היא סברת הראב"ד בפ"ה מה' שכירות אלא דהראב"ד לא אמרה רק במקום שיש לחוש לקלקול שכ"כ שיש בני אדם מחריבים הבית בדירתם אמנם באותו מעשה דר"ג וזקנים מודעת זאת דלא היה שם שום קלקול ואפ"ה כתב הר"ב העיטור דלא השכירה ר"י לראב"ע אלא מפני שנתן ר"ג רשות ואפשר לומר דס"ל ז"ל דל"פ רבנן ועיין עכ"ל הרב"א בד"ב ע"א. ובדף ו' ע"ד חזר וכתב דדעת הריטב"א ורבו כדע' הראב"ד שכתב בפ' השוכר

דע"ט ע"ב הובאו דבריו בש"מ דקע"ג ע"ב כתב וז"ל ומכאן הביא ראיה הרמב"ם שהשוכר בית מחברו יכול להשכירה לאחר שאנשי ביתו כמנין אנשי ביתו דליכא משום אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דהשוכר הא' השכיר ספינה זו לאחרים ומפני שהפועלים שם ואין בו משום אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר היה רשות בידו ה"נ ל"ש ואין מכאן ראיה של כלום כי בכאן בעל הספינה חזר והשכירה לשני ודינו של רבינו אמור כשהאנשים שוים שאין כל דירות בני אדם בבתים שוים עכ"ל:

ומעתה יש לנו הרא"ם והר"ב העיטור ורבו של הריטב"א והריטב"א מסכימים לדעת אחד שהשוכר בית מחבירו אינו רשאי להשכירה לאחר ובכן כתב שם בד"ב ע"ד דיכול לומר קי"ל כראב"ד ודעימיה והעמד קרקע בחזקתו ואע"פ שמהרשד"ם ח"מ סי' תט"ו וסי' רצ"ו והרב מהרש"ק בח"א סי' פ"ד דקי"ב פסקו כרבינו ודעימיה וכדברי הנמקי בפ' כיצד הרגל גבי ההיא סוגייא דדר בחצר חבירו שלא מדעתו אפשר שאם היו רואים סברת הר"ב העיטור ודעימיה לא היו פוסקים כן וכתב עוד שהרב מהרש"ך כתב לחלק בין שכירות בית לחנות דבחנות גם הראב"ד ודעימיה יודו ולע"ד אינו מוכרח ומה גם ממקום שהבאתי להר"ב העיטור לא שייך וברור הוא וכתב עוד ששמע מפה קדוש להר"ב מוטאל שהרב מוהר"ש הלוי השכיר חנות להרב דון תם בן יחייא באלף לבנים. והרב הנז' השכירה לאחר באלף ות"ק. והרב מוהרר"ש תבע ממנו יתר השכירות והסכימו עמו הרב מהר"ד ן' שושן והרב מהר"ד נחמיאש אבל הרב מוהרש"ך נחלק עליהם וכפי הנר' סברת אלו האחרונים היתה בטענת קי"ל וכיון שכן היה ראוי לומר מאחר שנחלקו אלו האחרונים יחלוקו אבל מי ישמע לי הדבר הזה אחר שדברי הרב מהרשד"ם והרב מהרש"ך עוטרי' עלינו רבנן דפקיע שמייהו והמה בכתובים ועכ"ז נ"ל דאם תפס המשכיר הראשון יתר השכירות אין מוציאין מידו זה מה שנ"ל בזה ואפשר דאף גם זאת לא יועיל במקום זה שהרי קרקע בחזקת בעליה עומדת וחשוב כתפס ועכ"ז אמרו דהמותר הוי לשוכר ודוק עכ"ל:

הנה מדבריו ז"ל נר' דאפי' השכירה השוכר לאחר בשיעור דמי השכירות ששכרה הוא עצמו מבע"ה אפ"ה [יכול] השוכר הראשון להוציאו מהבית בטענת קי"ל כהראב"ד ודעימיה ודמי השכירות של זה הב' כשלא יצא מהבית הם של השוכר הראשון שאע"פ שכתב בד"ב סע"א וז"ל אחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת כיון שיש מחלוקת אם יכול להשכירה לאחר או לא יש לנו לומר דיי שנפסוק כסברת הרמב"ם כשמשכירה באותו ערך ששכרה ממנו אמנם בנ"ד שהשכירה ביותר יכול לומר ראובן קי"ל כהראב"ד ודעימיה לפחות לדבר הזה שלא יעשה סחורה בחנותו של חבירו כו' יע"ש ומשמע

לכאורה מדברים אלו דבשלא השכירה ביותר מדמי השכירות א"י לומר קי"ל כהראב"ד ודעימיה יע"ש. מ"מ כבר חזר וכתב הוא עצמו בד"ז ע"א על מה שהשיג עליו בזה הר"מ קלעי שם ד"ד ע"ד ד"ה ועמ"ש די לנו כו' יש לדון בזה בשני עניינים חדא מנ"ל לפסוק כהרמב"ם וסיעתו כיון שהראב"ד ודעימיה סוברים שא"י להשכירה שבכל ספק אוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא ובהדיא כתב הרמב"ם בפ"ז בקצת ספק' שבין משכי' לשוכר שהדין עם המשכיר שקרקע בחזקת בעליה עומדת וכיון שכן למה לא יאמר המשכיר קי"ל כהראב"ד וסיעתו דא"י להשכירה לאחר כו'. ועוד אם נאמר שהשוכר נקרא מוחזק בנ"ד א"כ אפי' כשמשכירה ביותר דלהרמב"ם אין חילוק אם משכירה ביותר או בשוה לפי מ"ש כת"ר בתחילה אלא שאח"כ כתבת דאפי' להרמב"ם כשהשכירה ביותר א"י כו' עכ"ל. ולזה חזר הרב"א בד"ז ע"א וכתב לזה אני אומר אפריון נמטייה ומי לא ידע בכל אלה וגם אני העירותיהו בצדק אמנם בלפנים משורת הדין ולרווחא דמילתא כתבתי הגם שנרצה להורות ולעשו' מעשה נגד הראב"ד בזה יש לפסוק כדעתו ז"ל עכ"ל הרי שהודה שלפי שורת הדין אפילו להשכירה בשוה יכול המשכיר לומר קי"ל כהראב"ד ודעימיה וברור:

ומיהו לענין הלכה כבר כתב שם בד"ה רע"ב מהר"ם קלעי ז"ל שהדין עם מוהרשד"ם ומוהרש"ך שפסקו כהרמב"ם ודעימיה וטעם שלהם דהא אמרי' שמפני היותו המשכיר בעל הקרקע הוא נקרא מוחזק לא ברירא כולי האי כיון דקי"ל שכירות ליומיה ממכר והספק שהוא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אינו בגוף השכירות מיניה דנימא למשכיר אוקי בחזקת דמשכיר אלא הספק הוא אם יש כח לשוכר להשכיר או לא מש"ה שפיר מצינן לפסוק כהרמב"ם וסיעתו שהם רבים ויכול להשכיר עכ"ל. והרב"א שם ד"ז ע"א ד"ה עוד כתב ומ"ש בשם הרבנים וכתב שחילוק הטעם הזה שכתב הרמ"ק ז"ל היא תורה חדשה שכאן נקרא השוכר מוחזק אבל בתשו' מוהרשד"ם סי' ט' מצאתי סיוע לדבריו ועיין מוהר"ם מפדואה סי' ט"ל עכ"ל:

ואני חפשתי בתשו' מוהרשד"ם ולא מצאתי שכתב שם כדברי הרב"א דכל כה"ג שהס' הוא אם יכול להשכיר או לא דמוקמינן ארעא בחזקת השוכר דשם באותה תשובה לא מיירי הרב בזה הענין אלא מיירי אם השוכר מוחזק שלא לבטל השכירות מחמת ספק אונס שאירע למשכיר וכתב דודאי השוכר מוחזק כדברי תשובת הרשב"א יע"ש. ואולי ט"ס נפל בדברי הרב"א וציין תשו' אחרת למוהרשד"ם לא ידענו איה מקומה. ועיין בדברי הרב פמ"א בח"א סי' א' ושם סי' ג' שדעתו דלא כמוהרשד"ם בתשו' זו וכמ"ש הוא עצמו שם סס"ג דלדידיה מש' ליה דכל שיש ס' אונס למשכיר אם יוכל לבטל השכירות או לא

אוקמינן ארעא בחזקת המשכיר יע"ש:

ודע דמלבד סברת הר"ב העיטור שכתב הרב"א בתשו' הנז"ל דס"ל דאפי' בקרקע אין השוכר רשאי להשכיר בלי רשות בעל הקרקע עוד מצאתי כן בשיטה לא נודע למי במ' קידושין דכ"ז עלה דההיא מתני' דמ"ב דר"ג ור"י דמייתי הש"ס התם שכתב וז"ל סיפא דמתני' עשור אחר שאני עתיד למוד נתון לראב"ע ומקומו מושכר לו ואע"ג דאין השוכר רשאי להשכיר הכא בפני ר"ג הוה והוה ניחא ליה ואיכא דפשיט מהכא מי ששכר קרקע ומשכירו לאחר כגון שנתן לו רשות המשכיר להשכיר מצי לאקנויי ליה מטלטלין אגב שכירות הקרקע אע"ג דלדידי' נמי לית ליה בהאי קרקע אלא שכירות בעלמא. וי"ל לא עדיפי מטלטלין מקרקע גופיה ואי קרקע גופיה לא קני היכי קני להו למטלטלין לגמרי ושאני הכא שלא הוצרך להקנו' ר"י לראב"ע אלא טובת הנאה יע"ש ועיין בתשו' הרשב"א סי' תתקל"ד ובהר"ב המפה סי' ר"ב ס"א דנראה דאיכא דפשי' שכתב הוא הרשב"א יע"ש : והרב מח"א בה' שכירות ד"פ ע"א העלה לענין הלכה דכשהשכיר הבית לאחרים שהם כשיעור אנשי ביתו ובשיוויה ונכנס השכירות ביד השוכר לא מפקינן מיניה דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר אמנם אם השכירה ביותר משוייו או בשויו ולאנשים מרובים מפקינן מידיה המותר ונותנים למשכיר הראשון מטעמא דאין אדם עושה סחורה בפרתו ש"ח :

ודע דמוהרשד"ם בסי' רצ"ג ורצ"ד נחלק עם מוהר"י אדרבי בסי' שכ"ו ושכ"ח במי שהשכיר ביתו לזמן מוגבל והתנה עם הלוקח דכשירצה המשכיר לתת לשוכר כך וכך מעות ינכה משכירותו כ"וכ זמן מזמן המוגבל ואם לא יתן לא ינכה והאמין המשכיר לשוכר ואח"כ מת השוכר ובא המשכיר להוציא הבית מרשות היתומי' באומרו שכבר קיים תנאו והחזיר לאביהם המעות שהתנה לתת לו ובזה זמן השכירות מנוכה מזמן המוגבל שכבר נשלם שדעת מהרשד"ם ז"ל לומר שכיון שיש כאן תנאי על זמן המוגבל לנכות מגבולו אתרע כח השכירות של השוכר וכשיש ספק אם קיים התנאי המשכיר או לא קיים התנאי אוקמינן ארעא בחזקת המשכי' ועל היתומים להביא ראיה שלא קיים התנאי. אמנם מהר"י אדרבי ז"ל בסי' הנז' סבור דהתנאי לא מעלה ומוריד להריע כחו של שוכר שהשכירו בפי' לזמן מוגבל עד שיברר המשכיר שקיים התנאי וכל שלא בירר שקיים התנאי קרקע בחזקת השוכר קיימא כמו שכתוב בשטר שהשכירו לזמן המוגבל ופלוגתייהו תלוי בתשו' הרשב"א ח"א סי' תתקע"ב שכתב דכשיש שטר מכירה סתם ועדים מעידים ע"פ שהיו תנאי במכירה אמרי' אוקי תרי בהדי תרי ואוקי קרקע בחזקת הלוקח כיון דלדברי שתי הכיתות שמכרו ללוקח והשתא הרשד"ם סובר דדוקא בכה"ג

דליכא תנאי לדברי הכל אלא בהא פליגי אם היו תנאי או לא משו"ה הוא דכתב הרשב"א דאוקי ארעא בחזקת הלוקח אבל אם היה כאן תנאי דאפליגו העדים בקיום התנאי אף הרשב"א מודה דמוקמינן ארעא בחזקת המוכר ובהכי ניחא ג"כ דלא תיקשי אתשובת הרשב"א ההיא דס"פ השואל דק"ג ע"א נבי ההוא עובדא ההוא דאגר ביתא לחבריה לי' שנים וכתוב בסתם סתמא וא"ל ללוקח נקיטת ה' שנים דאמרינן אוקי ארעא בחזקת בעלים דהתם עיקר פלוגתייהו הוא בעיקר השכירות אי שכרו לזמן זה שאומ' הלוקח או לא והו"ל כמו נדון הרשב"א ביש תנאי במכר או בשכירות והורע כחו של לוקח או של שוכר בזה וכשיש ספק אח"ך בקיו' התנאי על הלוקח להביא ראיה:

אמנם מוהר"י אדרבי ז"ל ס"ל דאפי' היה שם תנאי לא בשביל זה הורע כחו של לוקח כל שהמכר ברור ויש ספק בקיום התנאי שבא לבטל המכר וההיא דפ' השואל שאני שהספק הוא בעיקר השכירות אם שכרו לזמן שאומר הלוקח או לא ואין כאן מכר ברור:

וראיתי להרב בני שמואל בביאור לטח"מ סי' מ"ו דע"ו ע"ג הביא ראיה לדברי מהרשד"ם ממ"ש ה"ה ז"ל פ"ח מה' גירושין גבי נתינה בע"כ שהביא תרי לישני דמייתי הש"ס שהביא דעת מי שפסק שהדבר ס' כמאן הלכתא וגיטין וקדושין הוי ס' מקודשת ומגורשת ובממונ' אי ארעא היא קיימא בחזקת מריה קמא ולא חולק עליה' ה"ה אלא משו' דסובר כרבינו האיי שפסק כלישנ' בתרא ואם היה הדבר ספק היה מודה לדבריהם יע"ש וכ"כ הר"ן בגיטין פרק מי שאחזו בדברי ה"ה ז"ל יע"ש: הרי שנראה מדבריהם כדברי מהרשד"ם ז"ל דאי לא נמצא הרשב"א חולק על ה"ה והר"ן ז"ל הללו יע"ש והרב פמ"א בח"א ס"ב בתשו' להרב חסדאי ד"ד סע"ד הביא דברי מהר"ש חיון והוסיף הוא ז"ל להביא ראיה לדברי הרשד"ם מאותה שאמרו בפרק מי שמת דקנ"ב ע"ב גבי שטר מתנה דהוה כתיב בה כד קציר ורמי בערסיה ולא כתיב בה ומגו מרעיה אפטר לבית עולמיה ואמר דנכסי' בחזקת היורשים דאיהו מריה קמא ובשלמא לדעת מהרשד"ם ניחא דהתם נמי דינן דהיא מתנת ש"מ הו"ל כמתנה ע"מ שימות מאותו חולי ואתרע כח המקבל אבל לדעת מהרי"א ז"ל כיון דהמתנה ברורה וספק אי אתקיים הול"ל דנכסים בחזקת המקבל ועוד הוסיף להביא לדעת מהרי"א ראיה מדברי תשו' הרשב"א בסי' תקנ"ו לדחות דברי מהרי"א יע"ש:

ולעד"ן ליישב בין עיקר ראיות הרש"ח ובין ראיות הר"ח דודאי אף מוהרי"א אזיל ומודה דכל דאיכא תנאי בעיקר המתנה הורע כח המקבל כדעת מוהרשד"ם מיהו ס"ל ז"ל דדוקא כשמעשה התנאי וקיומו הוא בא לקיים עיקר המתנה אז ודאי כל דליכא ראיה שנתקיים מעשה התנאי אין כאן מתנה שהרי תלה עיקר המתנה בקיום אותו מעשה

וכנדון ה"ה והר"ן ז"ל שתלה המתנה במעשה נתינת מאתים זוז ואם יתן יהיה המתנה קיימת ואם לא יתן הרי היא בטלה מעכשיו הילכך כל דליכא ראיה שנתן המאתים זוז כדינו אין כאן מתנה וכן בנדון הגמ' דפרק מי שמת שכדי שיהיה מתנת הש"מ קיימת מעיקרא צריך שיהיה ידוע שנפטר מדי מרעיה ואי לא אין כאן מתנה ובטלה היא ממילא. אמנם בנדון דאפליגו הרשד"ם ומוהרי"א הוא להפך דמעשה התנאי וקיומו לא בא לקיים המתנה אלא לבטל המתנה שאם לא יתקיים מעשה התנאי דהיינו נתינת הד' זהובים אז תהיה המתנה בטלה הילכך צריך המוכר להביא ראיה שקיים התנאי וביטל המתנה דאי לא הרי המתנה קיימת ממילא ואין כח בידו לבטלה באומרו שקיים המעשה וביטל התנאי ודוק וכעין זה כתב הר"ן בפרק מי שאחזו בהדיא עלה דהאי מתני' שתתני מאתים זוז ואמרו בגמ' והיא תתן כו' כתב וז"ל והמחוור שבדברים אלו דבתנאי שבידה והוא בשב ואל תעשה לא חיישינן שמא תעבור עליו אבל אם הוא בק"ע חוששין שמא לא תקיימנו דכל תנאי שהוא תלוי ביד אחרים בין שהוא בק"ע בין שהוא בשב ואל תעשה חוששין שמא לא יתקיים ולפ"ז משמע דהאומר לחבירו הרי אני נותן לך כ"וכ ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אמר ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו וכבר רמז הרב בני שמואל ז"ל שם לדברי הר"ן בסוף לשונו שכתב וז"ל ועכ"ז עדיין צריך אני לעמוד בדברי הר"ן בפ' מי שאחזו גבי האי מתני' דה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז שכת' הר"ן ז"ל בסוף הלשון והמחוור שבדברים אלו עכ"ל הר"ב שמואל ז"ל:

ודע שחילוק זה שחילקנו נראה נכון בטעמו אמנם ראיתי להרב לחם רב סי' קמ"ט ד"מ ע"ב דנראה שחולק ע"ז שכתב וז"ל הצד הג' לבטל מכירה זו משום דאפי' דנימא דהמכירה קיימת ע"ת שלא יפרע לו ראובן תוך שמונה שנים דילמא פרע לו ראובן ונתבטלה המכירה אע"ג דהר"ן כתב בפ' מי שאחזו וז"ל ולפ"ז משמ' דהאומר לחבירו אני נותן לך כ"וכ ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אמר ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו ע"כ. ואם כן משמע לכאורה בנדון דידן דלבטל המכירה צריך קיום מעשה שיפרע המעות אם כן עליו להביא ראיה שקיים המעשה שכל זמן שלא הביא ראיה המכירה לא היא דהר"ן ז"ל כתב שם דהיינו דוקא כשהתנאי תלוי ביד המקבל : אבל כשהתנאי תלוי ביד אחרים או ביד הנותן לא שהרי באם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש חיישי' שמא יבא דלא שרייא לאינסובי ואפי' לאחר י"ב חדש אלא צריך שיאמנינה שלא בא ואפי' להרמב"ם דסובר בפ"ט מה' גרושין דלאחר י"ב חדש שרייא הא יהיב טעמא שאין דרך בני אדם לבא בצינעה : אבל בנ"ד אמרי' ודאי

שדרך ב"א לתבוע מעות ע"י שליח ולפרוע מה שהן חייבים וא"כ חיישינן שמא פרע כי היכי דחיישינן התם גבי גט שמא בא דהא הר"ן ז"ל מדמי להו אהדדי וכי תימא הא אית לן חזקה אין אדם פורע ת"ז וכיון שמת זמן הרבה קודם השלמת הח' שנים לא אמרי' שמא פרע כיון דעדיין יש לו זמן הא לאו מילתא דאין זה פירעון חוב אלא שרוצה לבדוק חזקתו מיד הקונה אותה וכדי שתחזור חזקתו אליו ממהר לפרוע כל מה שיוכל א"כ מן הצד הזה יש לנו לבטלה הא נמי לא ברירא לי דכתו' שם מינכר כו' בנאמנות כו' א"כ הרי המכירה מסודרת בכל חזוקי סופר וגם נאמנות שנותן לקונה וכיון שנתן לו נאמנות נאמר דיועיל לזה דכל זמן שיאמר שלא נפרע שיהא נאמן על כך דאל"כ למאי האמינו ואפי' שיהא צד אחר שתוכל לומר שהאמינו לצד ההוא כיון שכתוב נאמנות כו' ר"ל נאמנות כסתם המורגל בכל השטרות נאמר דמועיל לכל הטענות וראיתי להרב מו"ר ז"ל שכתב בתשו' דכשכתוב בשטר בנאמנות כו' נותנים כל הנאמנות גמורה כו' לו ולב"כ עליו ועל ב"כ כשני עדים כשרים כדרך הנאמנות הנהוג לכתוב בשטרות היותר מקויים והיותר חזק דהכי כתבו סתם וכתב כו' לעשות נאמנו' כו' מאושר ומקויים ועוד דבנ"ד כתוב מסודר כו' דהיינו מסודר בכל חזוקי סופר נאמר שהוא נאמנות סתמי' כולל לכל הדברים וא"כ אין לבטל המכירה מן הצד הזה עכ"ל הרי שכתב דכל שקיום מעשה התנאי תלוי ביד הנותן או אחר אין חילוק בין שהוא בק"ע לשב ואל"ת ולעולם תלינן שקיים התנאי הנותן לבטל מעשה המכר או המתנה הפך מה שכתבנו ליישב דעת מוהרי"א ואולם אע"פ שהרב הנז' כתב כן אפשר דהוא ז"ל הולך בשיטת רבו מוהרשד"ם ז"ל אמנם לדעת מוהרי"א ז"ל יש לחלק כדכתיבנ' דאפי' בנותן עצמו או אחרים כל שצריך לעשות מעשה לבטל המכירה צריך להביא ראיה שקיים מעשה התנאי כדי שיבטל המכר או המתנה דלא אתי ס' קיום התנאי ומבטל ודאי המכירה והראיה שהביא הרב לח"ר מדברי הר"ן מההיא דאם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש דחיישינן שמא בא לא מכרעא דאפשר דבניטין דוקא שהוא מידי דאיסורא חיישינן שמא בא אבל לענין ממונא איכא למימר דלא אתי ספק ומוציא מידי ודאי ומ"ש דהר"ן ז"ל מדמי להו אהדדי הנה הר"ן ז"ל לא דימה להו אהדדי אלא לענין מ"ש דלהמקבל להביא ראיה דלאו משום חשש ספק אתינן עלה אלא דדינא הכי הוא הילכך אין מקום לחלק בין גיטין וקדושי' לממונות אבל בההיא דאם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש דחיישינן שמא בא ומספק הגט פסול ולא בטלו דאורייתא ודאי דיש לחלק בין גט לממון וכאותה שכתבו ה"ה והר"ן ז"ל וכתבנו דברי' לעיל בההיא דנתינה בע"כ אי שמה נתינה בשם יש מי שפוסק דיש חילוק בין ממון לגט וקידושין ותמהני על הלח"ר שלא עלה לחלק בהכי וכעת צ"ע :

והרב מ"ל בפט"ו מה' טוען הי"א בתשו' אשר לו שם על דברי תשו' הרב פמ"א בח"ב סי' פ"ג כתב שם דס"ז ע"ב ד"ה ונחזור לענייננו כתב וז"ל ועדיין יש להסתפק בענין זה דאפשר דהרשב"א לא כתב כן אלא בנ"ד ששנים אומרים היה כאן תנאי וב' אומרים לא היה ודכוותא גבי ספקא דדינא אם זה חשוב תנאי או לא חשוב תנאי אבל אם נפל הספק בקיום התנאי כגון שהתנאי מוסכם בין הכיתות אלא דבקיומו נחלקו דב' אומרי' נתקיים וב' אומרים לא נתקיים וכה"ג שכולם מודים בעיקר התנאי אלא שבקיומו נחלקו אפשר דאף לדעת הרשב"א יד המקבל על התחתונה כיון שע"כ יש כאן תנאי ומינה בספיקא דדינא ויש ללמוד דבר זה מההיא דכתב הר"ן בפ' מי שאחזו כו' על המקבל לברר שקיים תנאו כו' אע"ג דמידי ספיקא לא נפקא ואפשר שקיים תנאו והו"ל לפי סברת הרשב"א כיון דיש כאן נתינה ודאי והספק בתנאי אין ודאי נתינה מוציא מידי ספק תנאי אלא טעמ' דמילתא דכמו שיש ודאי נתינה יש כאן ודאי תנאי דהספק הוא אם נתקיים התנאי משא"כ בנדון הרשב"א שהספק הוא בעיקר התנאי אם יש כאן תנאי או לא ואפשר לדחות דשאני התם שהיה בידו לברר ולקיים התנאי בפני עדים וכיון שלא בירר אתרע מילתא ולא חשיב ספק אבל מדברי הראנ"ח בתשו' הנז' נראה דיש הוכחה בין ספק אם היה שם תנאי מעיקרא לספק הבא על קיום התנאי אם נתקיים או לא עכ"ל :

ואין ס' דאשתמיט מיניה מחלוקת מהרשד"ם ומוהרי"א ז"ל דאפליגו בהך סברא שנסתפק הרב ז"ל דלדעת מוהרשד"ם ז"ל לא אמרה הרב ז"ל אלא כשנחלקו בעיקר התנאי לא בקיומו ואפילו שקיום התנאי בא לבטל המכירה וכ"ש כשתלוי קיומו של המתנה בקיום התנאי וחיישינן שלא קיים ואוקי ארעא אחזקתיה ולדעת מוהרי"א אף בכה"ג אמרה הרב למילתיה ולפי מ"ש אנן יד עניי אף מוהרי"א לא אמרה אלא כשקיום התנאי הוא בא לבטל מעשה המכירה והמתנה כנדון מוהרי"א אז דוקא הוא דאמר הרב לסברה זו דאפי' נחלקו בקיומו של תנאי קרקע בחזקת הלוקח קאי אבל כשקיום המתנה תלוי בקיום מעשה התנאי כההיא דנדון הר"ן ז"ל ע"מ שתתני מאתים זוז אף מוהרי"א אזיל ומודה דכשנחלקו בקיום התנאי הו"ל כנחלקו בעיקר המתנה וקרקע בחזקת בעליה עומדת והי"ל להרב מ"ל לומר דבהא נחלקו מוהרשד"ם ומוהרי"א דכשהתנאי בקיומו לבטל המכירה אז למוהרי"א אין חילוק בין נחלקו בעיקר התנאי לקיום התנאי דלעולם קרקע בחזקת הלוקח קאי דאין ספק התנאי או ספ' קיומו מבטלים המכר או המתנה עד שיברר בראיה ברורה ולדעת מהרשד"ם יש חילוק בין ספק בעיקר התנאי כנדון הרשב"א דאז לא אתי ס' אם יש כאן תנאי ומבטל מעשה המכר לכשיש ספק בקיום התנאי דאז תלינן שנתקיים התנאי ונתבטל המכר כיון דיש כאן ודאי תנאי : מיהו לדעת שניהם

נראה דאם קיום התנאי בא לקיים מעשה המכירה או המתנה אז ודאי דכל דאיכא ס' בין בעיקר התנאי או בקיומו דיד הלוקח על התחתונה וכדברי הר"ן בפרק מי שאחזו גבי תנאי שהוא בק"ע וזה ברור ועיין בספר חשק שלמה סימן כ"ט הגב"י אות ל"ה שהביא דברי המ"ל ז"ל הללו וכתב דבהא אפליגו רשד"ם ומהרי"א ז"ל יע"ש : ולא כתב כל הצורך דע"כ לא אפליגו מהרשד"ם ומהרי"א אלא כשהתנאי בקיומו הוא בא לבטל המכר והמתנה אבל כשבא לקיים המכר או המתנה לכ"ע יש חילוק בין ס' בעיקר התנאי לס' בקיומו כדברי הרב משנ"ל וכמדובר :

ודע דהרב פמ"א בסי"א וס"ג כתב דכשיש ספק אם דעת המוכר או הנותן היה למכור אף על דעת שיארע אונס או לא מכר או נתן אלא כשלא יהיה אונס דזה חשיב כמו כשיש ספק בעיקר המכירה אם מכר או נתן או לא דמוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא וכתב בסי' ג' דהרשד"ם בסי' ש' חולק בזה וגם מדברי הרב חסדאי הכהן שם סימן ג' מבואר דס"ל דזה הוי כספק בעיקר התנאי דאז לכ"ע בחזקת הלוקח קאי יע"ש:

הלכה ו

אכלה השוכר או הממשכן ג' שנים וכבש השטר ואמר לה' שנים יש לי פירות ובעל הקרקע אומר ג' כו' השוכר נאמן שאלו רצה אמר לקוח הוא בידי כו'. הכי איתא בפרק המקבל מלוה אומר ה' לוה אומר ג' א"ל אייתי שטרך א"ל שטרא אירכס מלוה נאמן מיגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי כו' והנה מדברי ר"י הללו למד ממנו הר"ב התרומות והביא דבריו מרן בש"ע סימן ע"ב סמ"ב דהמחזיק בקרקע וטוען כי במשכונה ירד והיה לו שטר ממאה דינרים והשטר אבד והלה טוען שלא היה כ"א מחמשים כו' אם החזיק בה שלשה שנים נאמן מלוה בשבועת היסת ושקיל מאה כו' ועיין להרב בה"ת בשער מ"ט ח"ו ס"ג כתב וז"ל אבל אם החזיק בו ג"ש איכא מ"ד דמהימן בלא שבועה ולדידן נאמן ובשבועה כיון דאי טעין לקוח הוא בידי משתבע היסת ה"נ משתבע היסת דלא אמרינן מגו לאפטורי משבו' ולפיכך נשבע המלוה היסת דלא דמי לשאר משכון כדאיתא בעובדא דרבה ב"ש שכתבו בשער י"ד כו' והקשה הרב גד"ת ז"ל דמה ענין לזה בדין מיגו לאפטורי משבועה כו' דהכא כי אי נמי טעין לקוח לא מפטר בלא שבועת היסת פשיטא דהשתא נמי דטעון שהוא ממושכן במנה לא סגי בלא אותה שבועה ואפילו למ"ד בעלמא דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה מודה הכא דמשתבע היסת ואולי יש כאן איזה טעות עכ"ל:

ולקע"ד חסר מלת ועוד מדברי ב"הת וכצ"ל ועוד דלא אמרינן מגו לאפטורי משבוע' וכונתו מבוארת דבא להשיג על סברת המ"ד דמהימן בלא שבועה דלדידיה ודאי משמע

ליה דכי הוה טעין לקוחה היא בידי אף שבועת היסת לא משבעינן ליה כיון שטענתו על הקרקע ואין משביעין על הקרקע ומשמע ליה נמי דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה וע"ז כתב הרב"הת דהני תרתי מילי דס"ל להאי מ"ד ליתא דהא דאין משביעים על הקרקעות היינו דוקא שבועה דאורייתא אבל שבועת היסת דרבנן משביעין והן הן דברי התוס' והרא"ש בפרק חזקת דל"ג בעובדא דרבה ב"ש יע"ש ועוד אפילו לפי שיטתו דהאי מ"ד דס"ל דאין משביעין היסת על הקרקעות אכתי כי טעין השתא מנה אית לי עליה הול"ל דישבע היסת דלא תהני ליה המגו לפוטרו מן השבועה וברור : וכתב הסמ"ע ס"ק קכ"א דהטעם דנשבע היסת אע"פי שהטוען על המשכון עד כדי דמיו צריך לישבע בנקיטת חפץ אע"פ שיש לו ג"כ מגו דלקוח וכמ"ש מרן בש"ע סי"ז שאני הכא שהחזיק בקרק' ג"ש ואין נשבעין על הקרקעות ש"ת כ"א היסת וכמ"ש לקמן סימן צ"ה ואין ספק שכונת קושית הסמ"ע ותי' היא היא השגת הראב"ד בפי"ד דה' טוען ד"ט ע"ד רבינו שם שפטרו למלוה בלא שבוע' מטעם מגו דלקוח והשיגו הראב"ד שלא יועיל מגו דלקוח לפוטרו בלא שבועה כמ"ש הגאונים גבי נשבע על המשכון כו' וה"ה ז"ל תי' דיש חילוק בין משכון דמטלטלים לקרקע וכבר ביאר הש"ך ז"ל בסי' קמ"ט סקכ"ד כונת ה"ה ז"ל בתירוץ הלז יע"ש ועיין להרב גד"ת בדפ"ו ע"ג שחושב שהשגת הראב"ד על רבינו הוא משום דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ושעל זה בא לישב ה"ה ז"ל יע"ש ויפה השיג עליו הש"ך שם סקכ"ד ואין זה במשמעות השגת הראב"ד אלא עיקר השגתו היא למה יפטר משבועה כיון דבא ליטול וכל הנוטלים צריכים שבועה ולזה השיב ה"ה ז"ל דדוקא ליטול מהמטלטלים אמרו כן ולא בבא ליטול מהקרקע שהחזיק כבר בידו יע"ש ולפ"ד ה"ה ז"ל זה שכתב רבינו שם וגובהו שלא בשבועה מתוך שיכול לומר שלי הם כו' דמשמע מדבריו שהטעם שגובהו שלא בשבועה הוא מטעם המגו ולא מהטעם שכתב ה"ה י"ל שאין כונתו לומר שמטעם המגו הוא דפטור משבועה אלא הכונה דמטעם המגו הוא שזוכה בטענתו וגובהו ופטור משבועה ופיטור השבועה הוא מפני שבא לגבות מהקרקע שבידו וברור : ועיין עוד במ"ש ה"ה ז"ל שם דהטעם שפטרו רבינו למלוה אף משבועת היסת הוא מפני שאין נשבעין היסת על טענת שמא יע"ש והש"ך שם בסימן קמ"ט סקכ"ד הוקשה לו בדבריו ז"ל ואמאי לא יהיב האי טעמא נמי למה שפטרו משבועת הגאונים ובקש טעם אחר ותי' דשבועת הגאונים איתיה אף בדטעין התובע כמ"ש כאן בסימן זה סי"ז ס"ק ס"ז יע"ש ועיין במ"ש לעיל בד"ה וכתב הרב ש"ך ז"ל ועיין להרב לחם משנה שם בפרק י"ד דהלכות טוען שכתב שיש נוסחאות בדברי רבינו שם דגרסי בדינ' קמא דהחזיק בנכסי קטן וה"ז גובה בשבועה והיא גי' הג'מיי ולפי גיר' זו קשה דאמאי בחלוקא

בתרא דאכל' בחיי אביהם כתב רבינו שגובה בלא שבועה ופי' ה"ה הטעם כו' וי"ל דלפי גיר' זו אין הטעם דאכלתה שני חזקה בימי אביהם דגובה שלא בשבועה משום דאין כאן טענת בריא כמ"ש ה"ה אלא משום דאכלה שני חזקה היא טענה אלימתא ועדיף טפי וה"ה ז"ל גריס ה"ז גובה משבחה יע"ש :

והנה זה לי ימים שנשאתי ונתתי בענין זה עם חד צורבא מרבנן מעיר סאלוניקי ושאלתי ממנו איך תלה הרב ז"ל תי' של ה"ה בחילוף הגירסאות כאילו היתה סברת ה"ה ז"ל מסברת עצמו והלא זה הטעם שכתב ה"המ מבואר בדברי רבי' ר"פ ה' ד"ה טוען שכתב וז"ל ועל כלם נשבע שבועת היסת אם היתה שם טענת ודאי וא"כ נראה שתי' של ה"ה ז"ל בהכרח ליאמר לדעת רבי' ואולי יאמר הרב דבבא לזכות וליטול בטעם מגו אפי' בשמא משביענן ליה היסת וכעין מ"ש הש"ך ס"ק ס"ז לענין שבוע' הגאונים יע"ש והח"הש הנז' הקשה בדברי הלח"ם בתי' שהרי לדברי רבי' בפי"א מה' טוען דב' מבואר דאפי' היכא דהחזקה הוא אלימתא אינו נוטל אלא בשבועה דא"כ ע"כ צריכים אנו לתי' ה"ה ז"ל כמ"ש הרב בע"הת שער י"ד ח"א דפ"ב ע"א והשבתי לו דאפשר דכונ' הלח"ם ז"ל לומר דלפי גיר' הג"מיי אין הטעם לבד מפני שאין כאן טענת בריא כמ"ש ה"ה ז"ל אלא משום דהכא איתא נמי טעמו דהויה לה חזקה אלימתא לא כן בההיא דפי"א מה' טוען ואע"ג דהחזקה היא אלימת' לא מפטר משבועת היסת כיון שטענת התובע היא בריא ועיין מה שתי' לעיקר קושית הלח"ם ז"ל לגי' הנז' הש"ך ז"ל בסי' קמ"ט ס"ק כ"א והוא הנכון:

ודע שהש"ך בסי' ק"ן ס"ק ג' ובכללי המגו שלו ספ"ב די"ג כתב בשם המרדכי ברפ"ק דמציעא דמגו בממון אחר לא אמרי' ומשמע דאין אדם יכול לעכב חפץ של חבירו נגד מה שחבירו חייב לו ושם בסי' ק"ן כתב דבשיטה זו קאי הר"זה בס' המאור שם רפ"ק דמציעא ברבי' יונה שהביא הטור שם בסי' ק"ן יע"ש וביאור דבריהם ז"ל דמי שיש בידו חפץ מחבירו שבא לידו בתורת שאלה או פקדון והוא טוען אמת שהחפץ שלך אבל אתה חייב לי ממקום אחר כ"וכ אינו נאמן אף שיש לו מגו דאי בעי טעין על החפץ שבידו לא היו דברים מעולם דמ"מ כיון דאין לו טענה על גוף החפץ שמכרו לו או שמשכנו על חובו הוי מגו דממון לממון דכיון שהודה שזה החפץ הוא בפקדון או שהיה שאול אצלו כל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה והו"ל ממון אחר שאין לו עסק בו וכה"ג נמי הוי ההיא דב' אוחזים דמיד שהודה דחציה של חבירו הרי ידו אוחזת בה ושוב לא מהימן במגו דכולה שלי והוי מגו בממון לממון אחר ואינו נאמן: ועיין בדברי המאור בב"מ בד"ה חיישינן שמא מלוה ישנה יש עליו שהכריח מההיא דחבל סכינא דאשכבתא מחבריה ומההיא דאומן אומר שנים קצצת לי דהיכא דהחפץ שבידו יכול

לתופסו מדעת הבעלים בעד חובו כגון שמשכנו מתחילה על חובו או שנתנו לאומן דיכול לתופסו בשכרו לא מקרי מגו מממון לממון ועדיפא מינה כתב הנ"י בפ' מ"ש והביא דבריו מרן החבי"ב בכללי המגו אות קצ"ח דהיכא דהטענה היא בדמים והמגו במכירה כגון האומר השטר המכירה אמנה היא ולא קיבל עדיין דמי המכירה נאמן במגו דמזויף שטר המכירה אף דהוי כמגו מדמי המכירה לגוף השדה אין זה מגו מממון לממון הואיל ודמי המכירה מסתעפי' מגוף השדה הוי מגו מאותו ממון יע"ש. ומן האמור מבואר יוצא דהני רבוותא לא פליגי בדין זה שלפנינו ולא בדין דלעיל סי' ז' דכל כה"ג שמהם שהקרקע או המטלטלים באו ליד המלוה בתורת משכון נאמן המלוה לטעון עליו עד כדי דמיו במגו דלקוח דלא חשיב מגו מממון לממון אחר וברור:

וראיתי בספר אורים ותומים הנדפס מחדש בסימן פ"ג בכללי המגו אות קל"ו שהביא כלל זה וכ' וז"ל אלא שלא הבנתי מאי דק"ל להר"ב בס' כריתות והמרדכי ז"ל על כלל זה מהא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע ופי' הקונטרס ולהימני במגו דכופר בכל כו' וי"ל דהיינו ליפטור משבועה דבמגו כל דהוא פטרינן ליה משבועה יע"ש ומה קו' התם ודאי אין זה מגו מממון לממון כיון דהטענה והמגו הוא בדמים שחייב לו וככה"ג ממעות למעות לא חשיב מממון לממון אחר כמבואר ממ"ש שם המרדכי בפ"ק דמציעא בפי' ההיא דבמ"ן כסות ממנה פירות שהביא הוא ז"ל וכמ"ש מוהרי"ו והביא דבריו הר"ב כנה"ג ז"ל והעלה הדבר בצ"ע:

ולענ"ד הדבר מבואר דהרא"ש והמרדכי משמע להו בפי' מאי דקאמר רבה מ"מ אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע דהכונה כמו שפי' התוס' בפ' הגוזל דק"ז ע"א ד"ה עירוב פרשיות כו' בשם ריב"א דבין במודה מקצת בהלואה ובין במודה מקצת בפקדון קא בעי למה לא יהא נאמן במה שכופר במגו דאי בעי כפר בכוליה כיע"ש. ולפי פי"ז שפיר קא קשיא ליה דגבי פקדון הוי מגו מממון לממון אחר שהרי התובע קא תבע שני כלים שמסר בידו בפקדון וזה מודה לו במקצת וכופר לו במקצת וא"כ איך בעי דלהוי נאמן בכלי שכופר לו במגו דאי בעי כפר לו בכלי שהודה לו הא כה"ג הוי שפיר ממון לממון אחר ולא אמרי' מגו וע"ז תריץ יתיב שפיר המרדכי דלפוטרו משבועה קא בעי רבה וככה"ג אמרי' מגו מממון לממון זה נראה לדעתי ברור בכונת המרדכי:

ומ"מ זה שכתב הש"ך בסי' ק"ן דה"ר יונה ז"ל קאי בשיטת המרדכי והר"זה ז"ל הלזו דס"ל דאין אומרי' מגו מממון לממון בין בקרקע בין במטלטלים ליתא לענ"ד דדוקא בקרק' אמרה רבינו יונה ז"ל למילתיה אבל לא במטלטלים וכמבואר בדברי רבי' יונה ז"ל בעליותיו ר"פ חזקת הבתים דל"ג גבי עובדא דרבה ב"ש כיע"ש ולדידיה ז"ל מי שיש בידו

חפץ מחבירו בתורת שאלה ופקדון נמי יכול לטעון עליו עד כדי דמיו במגו ושלא כדברי הרז"ה והמרדכי ובקרקע דוקא ס"ל כוותייהו וטעמו מבואר שם ומפני שכבר נדפסו דבריו בש"מ שנדפס מחדש לא העתקתי דבריו. ולענין הלכה למעשה מאחר דלר"ת דהרז"ה והנהו רבוותא שהביא המרדכי בפ"ק דמציעא ובפ' חזקת הבתים אין אומרים מגו מממון לממון אי תפס לוה משל מלוה נראה דיכול לטעון קים לי וכ"ש אי תפס מלוה קרקע ששמו ימי המשכונה דאפי' רבי' יונה מודה דלא מהני תפיסתו כמדובר ומ"מ אין זה אלא בתופס דבר שאינו בידו בתור' משכון אבל דבר שבא לידו בתורת משכון לכ"ע יכול התופס לטעון עליו עד כדי דמיו וזהו הדין שלפנינו והדין דסעיף י"ז ובזה כ"ע מודים כנ"ל ברור:

פרק ט

הלכה י

השוכר את הפועל לעשות עמו כו' ואם משקבל עליו אמר לו הילך שכרך אין שומעין לו. וכ"כ הטור בסימן של"ו ס"ב השוכר לעשות בשל חבירו אינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך כו'. וכתב הרמ"ה דוקא דעבד משיכה או הגבהה כו'. והנה מדברי הטור ז"ל הללו ראיתי להש"ך בסימן ע"ב ס"ק קי"ד שהק' שם מרן מי שיש בידו משכון כו' ואמר לו הלה יהא שלך לא קני כתב וז"ל וק' ממ"ש הטור ומרן בסימן של"ו ס"ב גבי פועל דאם אמר לו יהא שלך והוא ברשותו של פועל קנאו מיד ולא אמרינן דדחויי קמדחי ליה והא משכון ופועל כי הדדי נינהו כמו שדימה אותו הרב הנמקי בסוף מציעא והניחה בצ"ע יע"ש. ולע"ד הדבר ברור דמדלא הביא מרן ב"י שם בסימן של"ו דברי הנ"י הללו ושדברי הרמ"ה שם הם כדברי החולקי' על הרשב"א מבואר דמשמע ליה למרן שדברי הרמ"ה שם אינו ענין לדברי הנמק"י דהרמ"ה ז"ל מיירי באופן דליכא למימר דלדחויי קמכוין כגון שאמר לו לפועל בפי' בפני עדים יהא שלך ואין כונתי לדחותך מעלי כי אם בכל לבי ובכל נפשי אני אומר לך יהא שלך ואפ"ה כתב הרמ"ה ז"ל שאם אין הדבר עומד ברשותו של פועל וגם לא עשה הפועל משיכה או הגבהה אפ"ה ל"ק הפועל אותו דבר דאף שלא יוכל לומר לדחותו נתכוונתי אכתי יכול לומר דחזר בו אפילו מי שפרע ליה כיון שלא נתן הפועל מעות בעין ול"ק כלל דהדמים שחייב לפועל בשביל פעולתו הרי הם כמלוה אצלו ואין מטלטלי' נקנים במלוה כמ"ש הש"ע לקמן סי' קצ"ט ס"ב ומ"מ כיון דכל שהמטלטלים ברשות הלוקח כל שקבל עליו המוכר למכור קנה הלוקח כמ"ש הש"ע לקמן ר"סי ר' וא"כ ה"נ כל שהדבר עומד ברשות הפועל כיון שקבל עליו

ב"הב למוכרו לו בדמי פעולתו קנה הפועל מיד בדמי חובו דלא גרע דמי חובו מפיסוק דמים וקבלתו למכור אע"פ שלא נתן דמים דקנה מיד:

באופן דההיא דסימן של"ו שכתב בש"ע שהם דברי הרמ"ה שהביא הטור שם מילתא אחריתי דאתא לאשמועינן ומירי בגוונא דלא מצי טעין בע"ה לדחויי נתכוונתי כמדובר והכא אשמועינן דכל שאמר לו התם יהא שלך מצי טעין שפיר דלדחותו נתכוון עד שיאמר לו בפי' בפני עדים שיהא שלו לגמרי ושאינו מכוין בזה לדחותו דאז קנה מיד בדמי חובו כיון שעומד המשכון ברשותו של מלוה ומינה דה"ה נמי לגבי פועל ובכן אין מדברי מרן דבר סת"ר ואין נסתר מחמתו דההיא דסימן של"ו ודהכא שייכי אהדדי כמדובר ועיין למרן החבי"ב ולסמ"ע והש"ך ז"ל בסימן של"ו ולהרב תי"ט בפרק בתרא דמציעא מ"ח דמשם משמע להו שדברי הרמ"ה מיירי אפילו בשלא גילה דעתו דלא לדחותו קמכוין מש"ה הוצרכו לידחק ולישב ההיא דסימן קס"ו גבי ההיא דנפל כותלו בתוך גינת חבירו והצריכו הטור והש"ע שצריך שיפנה האבנים משם כדי שלא יוכל לחזור בו משא"כ הכא יע"ש ולפי האמור דהרמ"ה מיירי בשגילה דעתו שאין כונתו לדחותו ממילא יתיישב ההיא דסימן קס"ו כן נראה לע"ד וברור:

ולענין הלכה למעשה מאחר שהרב הנמקי ז"ל דימה ההיא דפועל והא דמשכון אהדדי וגבי פועל העלה שם דבעינן שיפנה הקש והתבן הפועל בפני בע"ה לרשותו של פועל כדי שלא יוכל לטעון עליו דלדחותו נתכוון וכן העלה הרמ"ך ז"ל בש"מ לבב"מ דר"ך ע"א וזה נראה דעת הטור ומרן ז"ל בדין משכון דסימן ע"ב א"כ כל שאמר לו לשון זה שיהא שלך סתמא בין במשכון ובין בפועל יכול לומר לו דלדחותו נתכוון עד שיעשה מעשה המלוה בפני הלוה למכור משכונו בפניו וכן בפועל עד שיפנה התבן והקש בפני בע"ה לרשותו או אם היה כבר ברשותו עד שימכור אותו לאחר בפני בע"ה וכיוצא שאז לא יוכל לטעון דלדחותו נתכוון וכן אם בשעה שאמר לו יהא שלך פי' דעתו שאינו מכוין לדחותו דינא הכי לע"ד ולא דמי למ"ש הפוסקים בסימן ר"ז גבי אסמכתא דאפילו אמר דלא כאסמכתא לא מהני להוציאו מדין אסמכתא שהחילוק מבואר כנלע"ד להלכה ולמעשה:

פרק י

הלכה א

שורש מלוה על המשכון אם הוא כשומר חנם או כשומר שכר המלוה **את חבירו על המשכון בין שהלוהו מעות כו' בין שמשכנו כו'**. ע"כ. וכ"כ מרן בש"ע ח"מ סי' ע"ב. וכתב שם הש"ך בסק"ט וז"ל אזיל לטעמיה שכתב בב"י כו' אבל לפע"ד עיקר בש"ס

כרש"י דמשכנו שלא בשעת הלואתו חייב נמי באונסים כו' חדא דלישנא דאמרינן בכמה דוכתי בש"ס וכדר' יצחק דאמר ר"י בע"ח קונה משכון משמע שקונה משכון ויש לו בו קנין גמור ואי לא הוי אלא ש"ש לא שייך ביה לומר שקנה משכון עכ"ל:

ולע"ד אי מהא לא אירייא דאף לדעת החולקים על רש"י וס"ל דלא מחייב באונסים אלא בש"ש דוקא מ"מ ס"ל לר"י בעל חוב קונה משכון קנין גמור בגופו ואית ליה זכיה בגויה ומה"ט יכול לקדש בו את האשה ונחשב כשלו לענין שמיטה דאין שביעית משמטתו וכן לענין דאינו נעשה מטלטלין אצל בניו וכן לענין חמץ דעובר עליו בבל יראה אלא דלדידהו משמ' להו דאפי' דאית לבע"ח קנין גמור בגופו של משכון לכל הני מילי מיהו לענין אונסי' לא מיחייב בע"ח כיון דס"ס אין לבע"ח קנין גמור להיות כשלו לגמרי כיון דאי בעי לוה לסלוקי ליה בזוזי מצי מסלק ליה ואין בע"ח מצי מעכב המשכון לפרעון חובו ומה"ט כתבו הרמב"ן והרשב"א בחי' לקידושין ד"ח דאי אקדיש מלוה או זבין המשכון משעה שהרהינו אצלו ואח"כ פרע ליה בזוזי ולא החליט המשכון בידו אינו קדוש ואינו מכור דכיון דפרעו אח"ך בזוזי איגלאי מילתא למפרע דלאו כלום עבד ואדרבא אי זבין ליה או אקדיש ליה הרי הוא מוקדש ומכור יע"ש. וכיון שכן כל שהמשכון ביד המלוה אעפ"י שהוא קנוי לו לקדש בו את האשה כמ"ש הרמב"ן והרשב"א שם ואפי' פרע ליה לוה אח"כ בזוזי וכן לענין חמץ ושביעית ושאינו נעשה מטלטלין אצל בניו כיון דאינו קנוי לו לגמרי לענין אי אקדיש ליה או זבין ליה הו"ל משכון זה קנוי לשניהם וכאלו המלוה והלוה שותפין בו הילכך לענין אונסים לא מיחייב המלוה כיון שאין כל ההנאה שלו וכמו שסיים הרמב"ן בסוף לשונו והביאו הש"ך לקמן ושפיר קאמר הש"ס נמי בכל דוכתא בע"ח קונה משכון כיון דס"ס קנין אית ליה בגויה דמשכון לענין קדושי' ושביעית וחמץ וכיוצא:

וראיתי להר"ב העיטור בדס"ח ע"ד שכתב וז"ל ומסתברא כיון דקי"ל כר"י דשלא בשעת הלואה קונה משכון אפי' אבד באונס חייב דאי לא קני ליה לכל מילי לא מקדשה ביה עכ"ל יע"ש וכבר תיקן זה הרמב"ן בס' המלחמות במה שהביא ראיה מההיא דאומן קונ' בשבח כלי ומקדש בו את האשה אעפ"י שאינו חייב באונסים כמו ששנינו כל האומנין ש"ש הן יע"ש ומה שדחה לראיה זו הש"ך ז"ל לקמן אין בו כדי שביעה כמו שאכתוב לקמן בע"ה:

עוד כתב הש"ך וז"ל ועוד ק"ל דהא ר"י יליף דבע"ח קונה משכון מדאמר רחמנא ולך תהיה צדקה כו' ואם איתא דר"י לא קאמר אלא לענין דהוי ש"ש א"כ עדיין יש ללוה זכיה בגופו של משכון א"כ הדרא קו' לדוכתא צדקה מנין שהרי הוא של לוה ואין המלוה אלא

שומר שיחזיר הפקדון לבעליו צדקה יהיה לו מה צדקה שייך בזה עכ"ל :

ולע"ד הא נמי לא מכרעא כלל דהרי ביארנו שאף לדעת החולקים על רש"י ז"ל מ"מ ס"ל דאית ליה למלוה זכיה בגוף המשכון ומה"ט יכול לקדש בו את האשה ומיחייב בבל יראה וכיוצא ואין דינו כשומר בלבד וכי היכי דלדעת הסוברים דמיחייב באונסים ניחא ליה מאי דיליף ר"י מקרא דולך תהיה צדקה אע"ג דלדידהו נמי אכתי אית ליה ללוה זכיה בגוף המשכון שהרי יכול לסלק למלוה בזוזי ואפ"ה כיון דאית ליה זכיה למלוה ג"כ השתא לקדש בו את האשה וכיוצא קאמר שפיר רחמנא ולך תהיה צדקה ה"ן לדעת החולקים נמי מה"ט חשיב ליה צדקה כיון דס"ס אית ליה זכיה בגוף המשכון ומה שאינו חייב באונסים היינו מפני שאין כל ההנאה שלו כמדובר וז"ל הרמב"ן בחידושיו לבב"מ הובאו דבריו בשיטה מקובצת דקע"ו ע"ד וא"ת והלא קונה משכון לגמרי משמע וכדאמרינן שאין שביעית משמטתו ואינו נעשה מטלטלין אצל בניו ומקדשין בו את האשה אלמא לגמרי קנה אותו ואמאי לא יתחייב באונסין ואיכא למימ' נהי נמי דקני ליה לגוביינא כיון שהוא חייב להחזיר ואינו נוטלו אלא כדי שלא יעשה מטלטלין אצל בניו אינו חייב באונסין שהרי אין כל ההנאה שלו שאינו יכול להשתמש בו כו' ומיהו כיון שהוא קונה אותו שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו ואין שביעית משמטתו כדר"י דאמר בע"ח קונה משכון לגובייגא נהנה הוא והוי עליה ש"ש יע"ש. ושם לעיל מזה דקע"ה ע"ד עלה דאמרי' אבד המשכון אבדו מעותיו כתוב בשם תוס' שאנץ וז"ל וטעמא משום דבע"ח קונה משכון ומ"מ אם נאנסו אינו יכול לומר אבד המשכון אבדו מעותיו דלא קני בע"ח למשכון כולי האי שיהא חייב באונסין מ"ר עכ"ל:

עוד כתב הש"ך ז"ל וז"ל ועוד קשה מה שהקשו התוס' בפ' האומנין כו' ומה שתירצו שם דקני ליה להיות ממונו לקדש בו את האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות היא גופא קשייא כיון דאין לו בו קנין גמור היאך יכול לקדש בו את האשה או לקנות בו עבדים וקרקעות אלא ודאי קונה אותו קנין גמור והוי כשלו עכ"ל:

ולע"ד לפי האמור ומדובר הא נמי לא מכרעה דכיון דחשיב מלוה כשותף במשכון זה דרחמנא זיכה לו למלוה להחשיבו כשלו שפיר מצי מקדש בחלקו דאית ליה זכיה בגויה אעפ"י שאינו שלו לגמרי ועדיפא מינה כתבו הרמב"ן והרשב"א בפ"ק דקידושין ד"ח דלענין לקדש בו את האשה אפי' לית ליה לבעל אלא שעבוד בעלמ' כגון שטר מלוה כל דהאשה סמכה דעתה ולא חיישא דילמא מחיל ליה ללוה עיקר החוב מקדשה ביה ומה"ט מקדשה במשכון של אחרים אפי' כי פרעו אח"כ הלוה בזוזי ואפיק משכון מיניה כיון דמעיקרא סמכא דעת' דלא מצי מחיל עיקר החוב ללוה כיון שמסר המשכון

לידה יע"ש:

עוד כתב הש"ך ז"ל וז"ל ואין להקשו' על פי רש"י כו' ואדרבא לפרש"י ניחא טפי דאלו לפי' התוספות וסיעתם קשה היכי נימא כיון דשלא בשעת הלואתו קני ליה קנין גמור א"כ גם בשעת הלואתו קני ליה לענין דלא משמט ולענין דקרינן ביה שלך אי אתה רואה הא אף שלא בשעת הלוואתו לא קני ליה לגמרי כו' עכ"ל:

ולע"ד אף לדעת התוס' דשלא בשעת הלוואתו לא קני ליה לענין אונסין מ"מ כיון דקני ליה מיהא לענין לקדש בו את האשה וכן לקנות בו עבדים וקרקעות וכן לענין שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו משא"כ במשכנו בשע' הלואתו דלא קני ליה לכל הני מילי וא'כ שפיר קאמרי כיון דשלא בשעת הלואתו קני ליה קנין גמור משא"כ בשעת הלואתו וזה ברור. עוד כתב הש"ך וז"ל וגם ק' אף בשעת הלואתו אמאי נימ' דלענין לקדש בו את האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות לא הוי כשלו וכמ"ש התוס' והרא"ש גופיה שם ולענין שמיטה וחמץ הוי כשלו מאי אולמיה דהאי מהאי כו' אבל לפרש"י ניחא כו' עכ"ל:

ולע"ד כי היכי דניחא ליה לפרש"י מה שמתחייב באונסין כשמשכנו לאח' הלוואתו טפי ממשכנו בשעת הלואתו דאינו מתחייב אלא בגניבה ואבידה וע"כ דה"ט משום דלאחר הלואתו כיון דמוכחא מילתא דלקיחת המשכון הוא לפרעון החוב מה"ט קני ליה לגמרי אף לאונסין ולעשות בו קנין משא"כ בשעת הלואתו דאיכא למימר דלקיחת המשכון לזכרון דברים בעלמא נקטיה ולא לגוביינא ומה"ט אינו מתחייב באונסין ולא קני ליה לגמרי לעשות בו קנין ה"נ איכא למימר לדעת התוס' דשלא בשעת הלוואתו קני ליה לגמרי אף לעשות בו קנין כיון דמוכחא מילתא דלפרעון נקטיה ומ"מ אינו מתחייב באונסין נמי כיון דלא קני ליה לגמרי דאכתי יכול הלוה לסלקו בזוזי וגם אין כל ההנאה שלו משא"כ במשכנו בשעת הלוואתו כיון דלא מוכחא מילתא דלפרעון נקטיה לא קני ליה לא לאונסין ואף לא לעשות בו קנין זולת ליחשב כשלו לענין חמץ ולענין שמיטה שאין בהם עשיית קנין מחדש וברור:

עוד כתב הש"ך אמת שהמרדכי רפ"ק דקדושין כתב בשם התוס' דאף לענין קדושי אשה קונה בשעת הלוואתו אבל אינו כן בתוס' שלפנינו וגם ק' לפ"ז מאי איכא בשעת הלוואתו לשלא בשעת הלוואתו והמרדכי עצמו שם הביא בשם התוס' דר"י אמר דוקא שלא בשעת הלוואתו וצ"ע עכ"ל. הנה מ"ש שבתוס' שלפנינו אינו כן אמת שבפ' האומנין דפ"ב ובפ' השולח דל"ז אינו כן אמנם בפ"ק דקדושין ד"ח ע"ב ד"ה משכון דאחרים כתבו בהדיא כדברי המרדכי וכבר תפס עליו בזה מורי הרב ז"ל בספר שער המלך ה' אישות דכ"ה ע"ד יע"ש ואע"פ שמדברי התוס' ז"ל שם די"ט ע"א ד"ה במלוה שיש עליה

משכון משמע דס"ל דמקדש במשכון שמשכנו בשעת הלוואתו לא מהני לר"י וזה הפך מ"ש בד"ח ע"א כבר עמד בזה הרב עצמות יוסף ז"ל וישב דבריהם שלא יהיה בהם דבר סת'ר יע"ש ואי לאו דמסתפינא הו"א דמ"ש התוס' ז"ל בד"ח דמצינו למימר דכיון דבע"ח קונה משכון שלא בשעת הלוואה קנין גמור בשעת הלוואה נמי אלים שעבודיה לחשב ממון לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים כו' לא כתבו דמצינן למימר הכי אלא אם נפרש כפי' רש"י ז"ל דמשכנו שלא בשעת הלואתו קני ליה לגמרי אפי' להתחייב באונסים אמנם לפי מ"ש אחר זה בדבור הסמוך שדחו פרש"י ז"ל ומשמע להו דאף במשכנו שלא בשעת הלוואתו לא מיחייב באונסין אלא בגניבה ואבידה לבד מעתה חזרו ממ"ש תחלה דבמשכנו בשעת הלואתו מצי לקדש בו את האשה וס"ל דדוקא במשכנו שלא בשעת הלוואתו דוקא הוא דמצי מקדש בו את האשה ולא במשכנו בשעת הלוואתו דאלת"ה ק"ט מה שהקשה הש"ך דא"כ מה בין שעת הלוואתו לשלא בשעת הלוואתו הא בכולהו קני למשכון לכל מילי ואיך כתבו דשלא בשעת הלואתו קני ליה ק"ג כו' דמה קנין גמור איכא טפי שלא בשעת הלואה מבשעת הלוואה ודוחק לומר דס"ל דשל' בשעת הלוואה קני ליה טפי להתחייב כש"ש משא"כ בשעת הלואה אינו מתחייב אלא כש"ח וכמו שכ"כ המרדכי בהדיא שם בשם התוס'. וכנראה דהמרדכי למד כן מדברי התוס' הללו ומשום דק"ל כקושיית הש"ך וליישב זה כתב דהא איכא בינייהו דאכתי קש' כיון דשלא בשעת הלוואה מה שמתחייב בע"ח בשמירת המשכון כש"ש אינו אלא מטעמא דבההיא הנאה דמצי לקדש בו את האשה מתחייב הוא בשמירתו וכמ"ש התוס' בפ' האומנין ובפ' השולח וכ"כ הרא"ש ז"ל שם בפ"ק דקידו' א"כ בשעת הלוואתו נמי לפי דבריהם ז"ל דאלים שעבודיה ומצי לקדש בו את האשה יתחייב נמי בשמירתו כש"ש וכמו שהכריח הרא"ש ז"ל ואולי משמע ליה להמרדכי בדעת התוס' דפ"ק דקידו' דמה שמתחייב בע"ח במשכנו שלא בשעת הלוואתו כש"ש לאו מטעמא דבההיא הנאה דמצי מקד' בו את האשה אלא מטעם דכיון דתפיס ליה אחוביה ולגוביינא נחית קני ליה כשלו ומתחייב בשמירתו ואפי' באונסין היה לו להתחייב אלא כיון דאין כל הנאה שלו כמ"ש הרמב"ן ז"ל וגם הלוה מצי לסלוקי בזוזי אהני קנין זה לחייבו כש"ש אמנם במשכנו בשעת הלוואתו דלא נחית לגוביינא ואין למלוה במשכון קנין בגופו אלא שעבוד בעלמא נמי דאלים שעבודיה להחשיבו כשלו לענין קידושין וז' לענין חמץ וכן לענין שלא יעש' מטלטלין אצל בניו אמנם לא מהני שעבוד זה לחייבו כש"ש כל דלית ליה הנאה גמורה או קנין בגופו של דבר וכעין זה כתב הרב ח"ה ז"ל בפ' האומנין דפ"ב ע"ב בתוס' ד"ה אימור דאמר ר"י כו' יע"ש:

אמנם היותר נכון לע"ד שדברי התוס' בפ"ק דק' ד"ח שכתבו דבמשכנו בשעת הלוואתו נמי מצי לקדש בו את האשה אינו אלא לפי מ"ש רש"י ז"ל דשלא בשעת הלוואתו קני ליה לגמרי ואפי' להתחייב באונסין אמנם לפי מ"ש הם אח"ז דאינו חייב אלא בגנ"וא לא מצי מקד' בו את האשה אלא שלא בשעת הלוואה דוקא וכמ"ש הרא"ש ז"ל שם והתוספות עצמן בפרק האומנין ופרק השולח וסמנים מצאתי לזה דבפסקי תוס' שם בפ"ק דקדושין לא הביא דברי התוס' הללו שכתבו דמצי לקדש בו האשה אפי' במשכנו בשעת הלואתו משמע דס"ל דלא כתבו כן לפום קושטא אלא לפי פרש"י שדחו אח"ז וכבר הביא שם דברי תוס' דס"ל דאינו מתחייב אלא בגניבה ואבידה ומש"ה לא הביא תחלת דבריהם והשתא ניחא נמי דבריהם בדי"ט ע"א ואין אנו צריכין למ"ש הרב עצמו' יוסף ועיין למרן ב"י בא"ה סי' כ"ח ובס' מקרא סופרים דרס"ג יע"ש : ועיין להרב עין יוסף בחי' לבב"מ דקי"ד ע"ד ולהרב כרם שלמה חא"ה סי' י"ט דס"ז:

עוד כתב הש"ך וז"ל ובזה נדחה מ"ש הרמב"ן כו' ואחריו נמשך הרשב"א כו' ולפי מ"ש לק"מ וכמ"ש התוס' והרא"ש כו' יע"ש. ולע"ד אין בזה מקום לדחות הכרעת הרמב"ן והרשב"א דאינהו ז"ל לא ניחא להו בהאי תירוצא שתירצו התוס' והרא"ש וכמ"ש הוא ז"ל גופיה לקמן ד"ה ועוד נלע"ד בשם הר"ש והרשב"א בפ' השולח והרמב"ן שם בס' המלחמות ע"ד הרז"ה יע"ש ועיין בחדושי הריטב"א לבב"מ דמ"ו ע"ב שיישב ג"כ ההיא דהשולח דלא תקשי לשיטת רש"י עפ"י תירוץ זה שתירץ הש"ך יע"ש:

עוד כתב הש"ך וז"ל ומ"ש הרמב"ן והרשב"א דלישנא דקדשה במלוה שיש עליה משכון מקודשת מדר"י משמע בשעת הלואתו לא ירדתי לסוף דעתם דהתם הכי איתמר איתיביה רבא לר"ן כו' התם במשכון דאחרים כו' א"כ שפיר נוכל לפרש הך לישנא דקידשה במשכון היינו משכון דאחרים שלא בשעת הלואתו עכ"ל כנר' דאשתמיטתיה ז"ל דברי הרשב"א בחי' לקידושין שכתב שם וז"ל ומדקתני סתם קדשה במשכון משמע דאפי' משכנו בשעת הלואתו מקדש בו וכבר כתבתיה בארוכה בגיטין פ' השולח עכ"ל הרי דלאו מלישנא דקדשה במלוה שיש עליה משכו' דייקי ז"ל אלא מלישנא דקידשה במשכון סתם ולשון מושאל נקטו בפ' השולח וזה ברור:

עוד כתב הש"ך גם הראיה שהביאו מהא דאמרינן פ"ק דקדושין המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת מדריב"ח אינה ראיה כלל לפי מה שפרשו התוס' ושאר מפרשים כו' ואדרבא להרמב"ן והרשב"א קשי' דאמאי קאמר מקודשת מדריב"ח הול"ל מקודשת מדר"י וכמ"ש התוס' והרא"ש עכ"ל. הנה מ"ש ואדרבא קשיא כו' כבר תיקן זה הרמב"ן עצמו ז"ל שכתב וז"ל ומיהו לא מוכחא מדידיה ומש"ה פשטיה מדריב"ח עכ"ל. וכוונתו

מבוארת דמשום דמימרא דר"י ליכא הוכחה גמורה דמיירי אף במשכנו בשעת הלוואתו מש"ה פשטוה מדריב"ח וברור:

עוד כתב הש"ך וז"ל ועוד נראה בעיני דמעיקרא לק"מ דודאי כי היכי דמפרשי התוס' והרא"ש כו' ה"נ י"ל לדעת רש"י כיון דשלא בשעת הלואה קני ליה קנין גמור אפי' לאונסי' כו' בשעת הלוואתו קני ליה לענין להיות עליו כש"ש כך הוה ס"ד דש"ס וה"נ פריך אימור דאמר ר"י כו' אבל בשעת הלוואתו שיקנהו במקצת מי אמר דאין סברא כלל שיקנהו לחצאין עכ"ל. ואע"ג דהשתא משמע דבשעת הלוואתו לא קני ליה אפי' להיות כש"ש וא"כ הדרא קושיית הרמב"ן והרשב"א לדוכתא מההיא דפ' כ"ש ופרק השולח דמהתם מוכח דבשעת הלוואתו מיהא קני ליה להיות כשומר שכר מיהא כוונת הש"ך לומר דהכא דחייה בעלמא היא דקדחי הש"ס וכמ"ש הרמב"ן ז"ל לפי דרכו ולפום קושטא בשעת הלוואתו מיהא מיחייב כש"ש כדמוכחי הני סוגיי כן צריך לפרש דבריו ז"ל:

עוד כתב הש"ך גם מה שהקשה הרמב"ן וז"ל ואמרי' נמי התם בפ' האומנים כאן שמשכנו כו' והיכי הוי ש"ש הא קני ליה כדר"י אפי' לאונסים כו' לא ירדתי לסוף דעתו דהא מעיקרא לא אסיק אדעתיה הא דר"י ובתר הכי מסיק דפליגי כדר"י ומעיקרא טעמא אחרינא איכא משום דבההיא הנאה דתפיס ליה אזוזי כו' עכ"ל. לע"ד הדבר ברור דאע"ג דהשתא לא אסיק אדעתיה הש"ס למימר דפליגי בההיא דר"י ולאוקומי פלוגתא בהכי מ"מ כיון דידע תלמודא מימרא דר"י הו"ל לדחויי האי תירוצא בההיא דר"י והול"ל דאי במשכנו שלא בשעת הלוואתו מיירי מתני' היכי קתני דהוי ש"ש הא אר"י מנין לבע"ח שקונה משכון כו' וא"כ באונסים נמי מיחייב ומדלא דחי האי אוקמתא עפ"י מימריה דר"י ש"מ דאף לר"י לא מיחייב אלא בגניבה ואבידה וזה ברור אצלי בכוונת הרמב"ן ז"ל.

ומיהו כבר יישב קושיא זו הריטב"א בשיטתו פ' האומנים דמ"ו ע"ב בשם הרא"ם דמשום דתלמודא בעי לאוקומי השתא מתני' כר"א דאמר בשעת הלוואתו ש"ח שלא בשעת הלוואתו לא מסיק אלא חדא דרגא מש"ח לש"ש אבל השתא דלמסקנא מתני' כר"ע דאמר בשעת הלוואתו ש"ש כי הוי שלא בשעת הלוואתו מסקינן ליה חדא דרגא מש"ש לשואל וחייב אפילו באונסים יע"ש:

עוד כתב הש"ך וז"ל ועוד נלע"ד דרך אחר' לדעת רש"י דלא קשיא מההיא דפ' כ"ש דלישנ' דהלוהו על המשכון ודאי משמע בשעת הלוואתו אבל בפסחים לא קאמר אלא ישראל שהלוהו לגוי על חמצו כלומר על חמצו שהיה לגוי בביתו ולא שהרהינו אצלו מתחלה מדלא קתני שהלוה לגוי על משכון של חמץ וראיה לזה דהא מעיקרא קאמר לימא כתנאי כו' ומשני ותסברא אלא הכא במאי עסקינן כגון שהרהינו אצלו

וקמפלגי בדר"י אלמ' דמעקרא הוה ס"ד שלא השכינו אצלו בביתו וא"כ נהי דמשני כשהרהינו אצלו מ"מ שפיר נוכל לפרש דמיירי שהרהינו אצלו לאחר הלואה וזה נלע"ד ברור ותמהני על בעלי התוס' ושאר גדולים שהרעישו העולם בזה הלא הדברים ברורי' ופשוטים כמ"ש עכ"ל. ואין ספק שבעלי התוס' ושאר גדולים לא משמע להו דכי משני תלמודא הב"ע כגון שהרהינו אצלו דמיירי שהרהינו לאחר הלוואה דא"כ מתני' דקתני על חמצו אם על חמצו שבבית הגוי קאמר ולא הרהינו מתחילה אצלו למאי נ"מ תני על חמצו כיון דשעבוד חמצו לא מועיל לחייבו והעיקר המחייבו שהוא מה שהרהינו אצלו לא קתני ואדרבא השתא דקתני על חמצו מלבד שהוא שלא לצורך מביא אותנו לטעות בדבריו דהרהינו אצלו בשעת הלוואה קתני ונמצא דאפי' משכנו בשעת הלוואתו נמי מחייבו ואי קושטא לאו הכי הוא היכי תני תנא האי לישנא דמצינן למיטעי ביה אלא ודאי דהשת' דמשני תלמודא הב"ע כשהרהינו אצלו קושטא הכי הוא דאפילו הרהינו אצלו בשעת הלוואתו נמי מיחייב ומש"ה נקט תנא האי לישנא דהלוהו על חמצו לומר דמעיקרא הרהינו אצלו ואפ"ה מיחייב והשתא ניחא לישנא דתלמודא נמי דקאמר אלא הב"ע כשהרהינו אצלו כו' דלישנא דאלא הוא דהדר ביה ממאי דס"ד מעיקרא בפי' דמתני' דקתני על חמצו דלאו היינו שהרהינו אצלו אלא ששעבדו בלבד והשתא קאמר דהכי פירושו על חמצו שהרהינו אצלו ולפי דברי הש"ך לישנא דאלא לא דייקא. סוף דבר יפה הרעישו הראשונים בקושיא זו לפום מאי דמשמע להו והוא האמת בפי' השמועה ועיין למורי הרב בס' שער המלך ה' אישות דכ"ה ע"ד שתמה גם כן על הש"ך כזה יע"ש.

ועיין להרב תי"ט בפ"ח דעדויות משנה ב' ד"ה שהורהנה שכתב וז"ל ומצאתי הפרש בין משכון להרהון בדברי רבינו בפ"ב מה' מעשר ב' הלכה ח"י מן הירושלמי דמשכון אמרו שם על המשכון בחובו שכבר חייב לו והרהן אמרו שם על שלוה עכשיו עליו עכ"ל וכיון שכן הכא בגמ' דנקטו האי לישנא דהרהינו אצלו מוכח דמיירי במשכנו בשעת הלואתו שלא כמ"ש הש"ך:

עוד כתב הש"ך ז"ל וז"ל וגם הך דפרק השולח נלע"ד דרך אחרת לדעת רש"י דכיון דאינו יכול לגבות חובו משאר נכסים מחמת השמיטה א"כ ודאי גלוי לכל ב"ד שזה לא ישלם לו והו"ל כאלו נתברר בב"ד שאין לו לשלם ומשכון זה קנוי לו ולא מיבעיא לדעת הרא"ש כו' ואף לדעת הב"י כו' כיון דבסוף שנת ז' לא יוכל לגבות חובו א"כ כך הוא גזירת הכתוב כ"ז שזה לא יוכל לגבות חובו יהא המשכון שבידו כאלו מכרו לו עתה וקבל מעותיו כבר עכ"ל:

ולע"ד מילתא כדנא צריכה רבה דלפי דבריו ז"ל אפילו היה הפקדון ביד המלוה נמי

איכא להאי טעמא דכשהגיע זמן השמיטה לא תהא ז' משמטתו כיון שזה לא יוכל לגבות חובו נימא דהוי כאלו גילה דעתו דאתפסיה אזוזי ויגבה מהפקדון שבידו ומלבד דדבר זה לא מצינו מי שאמרו דמשכון אמרו ולא פקדון עוד זאת מצינו להטור ז"ל בא"ה סימן כ"ח גבי מקדש לאשה במלוה שיש עליה משכון שכתב בשם הרמ"ה ז"ל דדוקא כשהחזיר לה המשכון ודוקא בדמטא לידה דמקדש בתורת משכון אבל אי מטא לידה בתורת פקדון אע"ג דמדינא מצי למתפסיה אזוזי כל כמה דלא גלי דעתיה דנקטיה ליה בתורת משכון אינה מקודשת יע"ש:

הרי בהדיא דכל דלא גילה דעתו בהדיא דאתפסיה אזוזי לא דיינינן לה אנן הכי אע"ג דמעשיו מוכיחין דאתפסיה אזוזי מדהחזיר לו הפקדון בשעת קדושין וא"כ ה"נ כל שלא גלה דעתו המלוה בהדיא שרוצה להשתלם חובו ממשכון זה וממשכנו ע"פ ב"ד לגובייגא אפילו משכנו בשע' הלואתו אינו אלא כפקדון בעלמא אע"ג דאיכא אומדנא דמוכח שרוצה להשתלם חובו ממנו ס"ס הרי לא משכנו לגובייגא ולא קנאו להיות כשלו וא"כ ז' משמטתו שפיר כנלע"ד ברור וצ"ע:

עוד כתב הש"ך ז"ל וז"ל ובזה נדחה נמי מה שהביא הרמב"ן בס' המלחמות בפרק שבועת הדינים ראיה דר"י לא קאמר דקני ליה לאונסים ממ"ש בפ' דו"ה כגון שתפסו ניזק כו' ולע"ד אין זו ראיה דכיון דמיירי בשור תם א"כ לא נתחייב לו זה עד שעת העמדת בדין דקי"ל פלגא נזקא קנס וקנס אין אדם זוכה בו עד שעת העמדת בדין וא"כ לא נתברר עדיין לב"ד שיהא חייב לו והיאך נאמר שיהא כאלו הגבוהו ב"ד המשכון לזה וכאלו מכרו לו בחובו שהרי אינו חייב לו ממון רק קנס יתחייב לו וגם זה דוקא אם יפסקו לו הב"ד הקנס ואפילו למ"ד פלגא נזקא ממונא נמי ניחא דכיון דעדיין לא נתברר ע"פ ב"ד מה שנתחייב לו לא קני ליה אלא דמ"מ ש"ש הוי בההיא הנאה דתפיס ליה שור אנזקיה ולא אעריקו ליה בעלים לאגמא עכ"ל:

ותמהני על הרב ז"ל בזה דמשמע מדבריו דאף לר"ע דקי"ל כוותיה דס"ל דמזיק וניזק שותפין נינהו והוחלט השור דינא הכי וזה תימא שהרי התוס' בפרק המניח דל"ג ע"א ד"ה איכא בינייהו כתבו בהדיא דלר"ע קיימא ליה שור ברשותיה דניזק משעת הנזק קודם העמדה בדין וחשבינן כאלו בא חצי הנזק לידו מאותה שעה ואע"ג דקי"ל פלגא נזקא קנסא וה"ט דזוכה משעת נגיחה משום דגלי לן קרא דומכרו דאמזיק וניזק קאי לר"ע כיע"ש וכ"כ ג"כ הרשב"א בחי' שם יע"ש ואף אם כונת הש"ך לדעת רבי ישמעאל דס"ל יושם השור וקרא דומכרו אב"ד קאי לא מיחייב עד שעת העמדת בדין והתם מוקי לה להההיא ברייתא כרבי ישמעאל מלבד דמלשון הרב שכתב בתר הכי ועוד דהתם מוקי לה

כרבי ישמעאל כו' משמע דעד השתא אפילו לדעת ר"ע נמי קאמר דלא מיחייב עד שעת העמדה בדין עוד זאת דאפילו לרבי ישמעאל נמי ל"ק כלל לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו שם דמתני' מיירי כשעמד בדין הניזק ונתחייב המזיק לשלם וז"ל הרשב"א שם אי כרבי עקיבא כו' הקשו בתוס' אמאי לר"ע ראשון ראשון נשכר כו' ודחקו בתירוצא ומסתברא לי דמתני' בשעמדו בדין היא דכיון דנגח ד"וה סתמא דמילתא הניזקין עמדו בדין והילכך לר"ע כבר הוחלט השור ועל הניזק לשומרו אבל לרבי ישמעאל כיון דיכול לסלקן בזוזי דב"ח נינהו סתמא לא רצו הבעלים להחליט גופו של שור לניזקין דניחא ליה בתוריה משום כושרא דבהמה וכדאמרינן בפ' השוכר את הפועלים הילכך לכ"ע ודאי אחרון אחרון נשכר עכ"ל והשתא כיון דמתני' מיירי בשעמד בדין תו ל"ק מה שהקשה הש"ך ז"ל ושפיר מייתי ראיה הרמב"ן מההיא דכיון דמיירי בשעמד בדין ונתחייב המזיק ואח"ך תפס השור הניזק הו"ל כמשכנו שלא בשעת הלואתו ממש ואפ"ה קאמר הש"ס דהו"ל כש"ש דמיחייב בגניבה ואבידה ולא באונסים ודוק:

עוד כתב הש"ך וז"ל ועוד דהתם מוקי לה כרבי ישמעאל דאמר ב"ח נינהו וכגון שתפסו ניזק וא"כ יכול המזיק לסלקו בזוזי וכדאית' להדיא בס"פ המניח דל"ג דלר"י יכול לסלקו בזוזי ואם הקדישו ניזק אינו קדוש ואם מכרו אינו מכור וא"כ לא קני ליה וא"כ מוכרח לומר דנעשה ש"ש משא"כ במשכנו שלא בשעת הלואתו דקני ליה קנין גמור ויכול לקדש בו את האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות וכמו שנתבאר וא"כ פשיטא דחייב באונסים וזה ברור עכ"ל:

והנה מ"ש דלר"י לא קני ליה משום דיכול לסלקו בזוזי קשה דאף במשכון שמשכנו שלא בשעת הלואתו נמי יכול לסלקו בזוזי כל זמן שלא הגיע הזמן שקבעו לו ב"ד לפדותו ומה"ט אם הקדישו מלוה או מכרו אינו מוקדש ואינו מכור כשפדאו לוה אח"ך המשכון כמ"ש הרמב"ן והרשב"א בחי' לקידושין ד"ח יע"ש. ומ"ש עוד דמשכנו שלא בשעת הלואתו יכול לקדש בו את האשה ומבואר מדבריו ז"ל דגבי ההיא דתפסו ניזק לא מצי לקדש בו את האשה וכ"כ עוד בהדיא לקמן סקי"ז דכל דלא מצי מקדיש ליה לא מצי לקדש בו את האשה יע"ש. ותמהני טובא דנראה דאשתמיט מיניה דברי הרמב"ן והרשב"א בחי' לקדושין שכתבו בהדיא גבי משכון דאע"ג דאי אקדיש מלוה או זבין ואח"ך פדאו לוה למשכון לאו כלום עבד אפי"ה לקנין קדושין אשה מתקדשת במשכון זה אפי' פדאו לוה אח"כ כיון דסמכה דעתה וקני לה לשעבוד המלוה כיע"ש וא"כ גבי תפסו ניזק לשור אחר שעמד בדין ונתחייב מזיק שפיר מצי לקדש בו את האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות אע"ג דאי אקדשיה או זבניה אינו קדוש ואינו מכור דומיא דמשכנו

שלא בשעת הלואתו כן נלע"ד ברור בדעת הרמב"ן ז"ל ועיין בטור א"ה סימן כ"ח שכתב בשם הרמ"ה דתפיסה מהני ועיין ג"כ למורי הרב בה' אישות דכ"ו ע"א שדחה דברי הש"ך ז"ל בזה שכתב דכל דלא מצי להקדיש לא מצי לקדש בו את האשה שהרי השואל חפץ מחבירו והודיעו שרוצה לקד' בו את האשה שהיא מקודשת אע"ג דלענין הקדש אם הקדישו אינו מקודש כדקי"ל גבי מתנה ע"מ להחזיר באומר ע"מ שתחזירהו לי יע"ש ולא ידעתי למה זה לא דחה דבריו ז"ל ע"פי דברי הרמב"ן והרשב"א דפ"ק דקדושין ד"ח שכתבו בהדיא הפך דברי הש"ך ז"ל והראיה שהביא הש"ך לדבריו בסקי"א מההיא דפ' האיש מקדש לאו ראיה היא כמ"ש מורי הרב ז"ל שם יע"ש וצ"ע:

ואולם איכא למדחי ראיית הרמב"ן הלזו עפ"י מ"ש הרשב"א בחי' לבב"ק דצ"ז ובחי' לקידושין ד"ח דע"כ לא אמרו בע"ח קונה משכון מדר"י אלא במשכנו מלוה ע"פ ב"ד או ברשות הלוה עצמו אבל אם המלוה תפס דבר משל לוה לא קני ליה מדר"י יע"ש ובכן ההיא דפ' ד"וה דקאמר הש"ס כגון שתפסו ניזק כו' קאמר הש"ס שפיר דאינו אלא ש"ש דכל כה"ג לא קני ליה מדר"י כנלע"ד עוד כתב הש"ך וז"ל עוד כתב הרמב"ן שם בתחילת דבריו וז"ל ואע"ג דקני ליה כדר"י אין כל הנאה שלו כו' ולפע"ד אין מכל זה ראיה חדא דמאן לימא לן שאין המלוה יכול להשתמש כו' וא"נ אפי תימא דאינו רשאי להשתמש בו מ"מ חייב באונסין כיון דבע"ח קונה משכון והרי הוא שלו לגמרי והא דאינו רשאי להשתמש בו היינו משום דכיון דרחמנא חייביה לעשות צדקה ולהחזירו לו בשעת תשמישו א"כ כשזה ישתמש בו יפחות מהצדקה המוטלת עליו כו' עכ"ל:

והנה מ"ש תחילה דמאן לימא לן שאין המלוה יכול להשתמש בו כו' אין ספק שדעת הרמב"ן ז"ל דודאי אסור להשתמש בו משום איסור רבית כיון שלא קנה המשכון לגמרי ומצי לוה לסלוקי ליה בזוזי וכאותה ששנינו המלוה את חבירו לא ידור בחצירו חנם אפילו בחצר דלא עביד למיגר משום דמחזי כרבית והוא הדין במשתמש במשכון בלא רביתא וכמ"ש הטור בי"ד סי' קס"ו יע"ש וכ"כ הרשב"א לקמן בב"י מחו' י"א דאם התנ' המלוה להשתמש במשכון בלא נכייתא הוי רבית קצוצה יע"ש. ובפרק השוכר את האומנים שנינו אבא שאול אומר רשאי אדם להשכיר משכונו של עני להיות פוחת והולך עליו מפני שהוא כמשיב אבידה ומבואר בהדיא דבלא נכייתא אסור משום איסור רבית ומשכנו שלא בשעת הלואתו נמי במשמע דודאי עד זמן שקבעו לו ב"ד לפדותו לא יוכל להשתמש בו כיון דאכתי שם הלואה עליה וזה ברור לע"ד ומ"ש עוד הש"ך וא"נ אפילו תימא דאינו רשאי היינו משום כו' הא ודאי ליתא לע"ד אם קושטא הכי הוא דאין הלוה רשאי להשתמש בו ודאי משום איסור רבית הוא ולא מטעם צדקה שהרי אף בכלים

שאין צורך לעני בו אמרו כן ולא במשכון שצריך לו דוקא דאיכא טעמ' דצדקה אלא ע"כ דמטעם איסור רבית הוא וא"כ שפיר הכריח הרמב"ן ז"ל דאינו חייב באונסים וברור:

עוד כתב הש"ך וז"ל ומ"ש והם אמרו אומן קונה בשבח כלי כו' לע"ד לאו ראיה הוא כו' ומ"ש כל האומנים ש"ש הם מיירי בדליכא שבחא כגון דאגירא לביטשא בייטשא כדמוקי בכה"ג בפרק הגוזל קמא דצ"ט ובפרק המקבל דקי"ב ואדרבא מכאן ראיה דאינו יכול לקדש בו את האשה אלא כשקנה ליה לגמרי דאל"כ במאי פליגי אי אומן קונה בשבח כלי הא מ"מ ש"ש הוי וכל שהוא ש"ש יוכל לקדש בו את האשה אלא נהי דהוי ש"ש מ"מ כיון דאין לו קנין בגופו של כלי אינו יכול לקדש בו את האשה עכ"ל:

ולא זכיתי להבין דבריו ז"ל בזה דודאי אף לדעת הרמב"ן טעמא דמצי מקדש בו את האשה וכיוצא אינו אלא משום דבע"ח לית ליה זכייה בגויה דמשכון וקני ליה כדר"י ואין הדבר תלוי במה שמתחייב בשמירתו כש"ש דא"כ כל שומר שכר דעלמא יוכל לקדש אשה בפקדונו וזה לא אמרו אדם מעולם אלא דהרמב"ן משמע ליה דאע"ג דבע"ח אית ליה זכיה בגויה דמשכון לא מפני זה נפק מרשות הלוה לגמרי אלא אף הלוה אית ליה נמי שעבוד וזכייה בגויה דהא מצי לסלוקי ליה בזוזי וה"ל מלוה ולוה כשותפין במשכון זה ומה"ט כתב ז"ל בפרק קמא דקדושין ד"ח דאי אקדיש וזבין ליה ואחר כך פדאו מיד המלוה שפיר אקדיש ושפיר זבין וכן איפכא אי זבין ואקדיש מלוה ואחר כך החליטו הלוה בידו ולא פדאו בזוזי שפיר אקדיש מלוה ושפיר זבין דאיגלאי מילתא למפרע דדידיה הוא יעויין שם. ועיין בחי' הרשב"א ז"ל שם וכיון דהוו כשותפין במשכון זה ואין כל ההנאה של מלוה לא מיחייב באונסי' אלא כש"ש כיון דתפיס ליה אחוביה ומצי לקדושי ביה וע"ז הבי' ראיה מההיא דהאומנים ש"ש דאע"פי דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי אית ליה ללוה זכיה בגוף הכלי לענין שיעור פעולתו ואומן ובעל הכלי חשיבי כשותפין בכלי ומה"ט מצי לקדש בו את האשה בחלקו שיש לו בכלי לא מיחייב אומן באונסי' אלא כש"ש וה"ן דכותא ומה שדחה הש"ך ז"ל למתני' דכל האומנים ש"ש דאפשר דמיירי בדליכא שבחה כו' מלבד דלישנא דכל האומנים משמע סתמא דמיירי אפי' באומן שמקבל פעולתו דרך קבלנות ומשגיח הכלי בפעולתו ובגמ' לא דחו דאגרי לבטישא ביטשא אלא להההיא דקתני בברייתא הנותן טליתו לאומן דאפשר לאוקמא באומן שאינו משביח הכלי באומנותו אבל מתני' דקתני כל האומנים ליכא למדחי בהכי כמובן. עוד זאת שאם כדבריו אדאקשי תלמודא מההיא ברייתא דקתני אומן תקשי ליה ממתני' דכל האומנים ש"ש דעדיפא מיניה א"ו דממתני' לא פריך תלמודא דאע"ג דהוי ש"ש אכתי אפשר דקני ליה נמי בשבח כלי אלא דמשום דלא קני ליה לגמרי להיות

כשלו אלא אית ליה זכייה בגויה כשותף בעלמא להכי לא מיחייב באונסים אלא כש"ש בעלמא בההיא הנאה דתפיס ליה וזה ברור לע"ד.

ועפ"י דברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל שכתבנו נלע"ד דיש לפתור מה שנסתפק מורי הרב ז"ל בס' שער המלך בה' אישות דכ"ו ע"ג במי שהלוה לחבירו ומשכנו לולב או אתרוג אם יוצא המלוה בו י"ח בחג מי אמרינן כיון דבע"ח קונה משכון חשיב כשלו ויוצא בו י"ח דקרינן ביה לכם כי היכי דעובר עליו בבל יראה או לא וכתב ויש צדדין לכאן ולכאן וצ"ע עכ"ל. ולפי האמור נראה מבואר דאינו יוצא י"ח דדוקא לענין בל יראה ולקדש בו את האשה חשיב כשלו מפני מקצת הקנין שיש לו למלוה בגוף המשכון אעפ"י שאינו שלו לגמרי. אבל לענין מצוה זו דבעינן שיהא שלו לגמרי שהרי אתרוג של שותפין אינו יוצא בו י"ח ה"נ כיון דביד הלוה לפדות משכונו בזוזי ואי אקדשיה ליה או זביניה ואח"כ פדאו שפיר אקדי' ושפיר זבין כמ"ש הרמב"ן והרשב"א ז"ל בפ"ק דקידושין ד"ח א"כ הו"ל כשותפין במשכון זה המלוה והלוה ולא קרינן ביה לכם ואין ספק שאם משכון זה שוה יותר מהחוב דודאי אינו יוצא בו י"ח שהרי אין בע"ח קונה משכון אלא למה ששוה כנגד חובו ולא יותר ממה ששוה וכמ"ש הש"ך ז"ל לקמן בד"ה ועוד כו' וכיון דלהיתרון אין לו חלק בו הו"ל של שותפין ואינו יוצא בו לכ"ע וזה פשוט איברא דלפי דברי הרמב"ן ז"ל שכתבנו משמע דישראל שהלוה לישראל חבירו על חמצו ועבר הפסח ולא ביערו בין הלוה ובין המלוה ב' עובר על בל יראה כיון דלשניהם אית להו קנין בגויה דמשכון ואם הדבר כן קשה דמסוגיא דפ' כ"ש דל"א מוכח דלר"י דב"ח קונה משכון המלוה דוקא הוא שעובר ולא הלוה מדקאמר התם דגוי שהלוה את ישראל על חמצו דברי הכל עובר הישראל ומפרשינן טעמא משום דגוי מישראל לא קני משכון כו' משמע דאי גוי מישראל קני משכון לא עבר הישראל כיע"ש ולדעת הרמב"ן ז"ל אפילו אי גוי מישראל קונה משכון אף הישראל נמי עובר כיון דס"ס שניהם שותפין בו. ואפשר ליישב דכיון דהלוה לית ליה זכיה בגויה אלא משום דבידו לפדותו א"כ כשהגיע הפסח ולא פדאו משום איסורא דחמץ ודאי תו לא פריק ליה וליכא הואיל ומה"ט לא קעבר עליה וכגון זה כתבו התוס' בפרק אלו עוברים דמ"ו ע"ב ד"ה הואיל ובעי מתשיל ועיין להרב מ"א ז"ל בא"ח ס"ס תמ"א ובסי' תמ"ג ס"ב סק"ה נסתפק אם הגיע פסח ולא ביער המלוה החמץ אם חייב הלוה לפרוע למלוה חובו יע"ש והרב ט"ז פשיטא ליה דחייב הלוה לפרוע החוב למלוה יע"ש ולא כן אנכי עמדי דכיון דמבואר מסוגיין דפרק כל שעה דהיכא דמלוה קונה משכון דוקא המלוה מיחייב בבל יראה ולא הלוה כמדובר וע"כ דה"ט דאפילו דהלוה אית ליה זכיה בגוף המשכון וכדידיה נמי חשיב מ"מ ה"ט משום דבידו לפדותו

וכשהגיע זמן איסור החמץ ולא פריק ליה תו לא אמרינן הואיל ובידו דמשום איסורא ודאי תו לא פריק ליה וכמ"ש בשם התוס' דפ' א"ע וגם הר"ן ז"ל הביא דבריו הב"ח בסימן תמ"א ס"ב וס"ג כתב דהיכ' דמחסרא ממונא לא אמרינן הואיל יע"ש וכיון שכן פשיטא ודאי דאין הלוה חייב בדמי החוב דמצי למטען כיון דלא באתי לפדותו ת"ז איסורו הרי הוא שלך דתו לא אפדנו והיה לך למוכרו בזמן שלא היה לך נזק לדמי חובך כיון שהוא קנוי לך לדמי חובך כן היה נלע"ד ושוב נתיישבתי בדבר וראיתי דאין זה נכון לפום דינא שכתב הש"ע לקמן סימן ע"ד ס"ה דאין הלוה יכול לומר למלוה שיטול המשכון בחובו וע"ש בש"ך סקי"ט ובס"ס זה יע"ש ואם כן כשהגיע זמן איסורו אין ביד הלוה לומר כיון שהגיע זמן איסורו ולא פריקנא ליה תו לא פריקנא ליה כיון שאין זה תלוי בדעתו וברצונו דהיה לו לחוש דהמלוה נמי אין רצונו במשכון אלא במעו' וא"כ הדרא קו' לדוכתא מההיא דפ' כ"ש דכיון דאפילו דבע"ח קונה משכון אכתי ברשות לוה נמי קאי אמאי לא קעבר עליה נמי לוה והנכון מ"ש הרב ט"ז בסימן תמ"ג סק"ד דאע"פ שהלוה יש לו קנין בגוף המשכון מ"מ אינו מוטל עליו לבערו כיון שאינו ברשותו והמלוה לא יתננו לו בלא מעות וכיון שהגוף שלו ודאי דהפחת שנפחת המשכון בבוא זמן איסורו עליה דידיה רמי יע"ש:

ומיהו נלע"ד דלס' רש"י והראב"ד ודעמייהו דס"ל דבע"ח קונה משכון אף לאונסין כי אתא זמן ביעורו ומכרו המלוה בזול או אם עבר הפסח ולא ביערו ונאסר בהנאה וצריך המלוה לבערו דלדידהו אין הלוה חייב בדמי החוב דהו"ל זה כמו שנאנס המשכון בידו ופטור הלוה ולפ"ז לענין הלכה למעשה יכול הלוה לומר קי"ל ופטור ועיין עוד שם בדף הנז' ע"ב במה שנסתפק במי שהתנה שלא יתחייב בשמירת המשכון אפילו בפשיעה אי אמרינן בכה"ג בע"ח קונה משכון לעבור עליו בב"י ולקדש בו את האשה ולענין שמטה וכיוצא ופשיט לה מדברי ה"ה בפ"ג מה' ח"ומ ומדברי התוס' דפ' ש"ה דלא קני ליה למשכון להני מילי כל שאין אחריות שמירתו עליו ושכ"כ בס' לח"מ בביאור המשניות אמס' פסחים יע"ש והדבר פשוט לע"ד דכיון דעיקר טעמא דבע"ח קונה משכון ומה"ט נעשה כשלו לכל הני מילי אינו אלא משום דכיון דלגובייא נקטיה ולא לזכרון דברים הו"ל כאלו קנאו למשכון זה בדמי חובו ואפילו משכנו בשעת הלואתו אלים שעבודו של בע"ח במשכון זה כאלו גבאו בחובו ממש ומה"ט נמי אמרינן דמיחייב בע"ח בשמירתו כש"ש כיון דאית ליה הנאה זו דחשיב כשלו וכאלו קנאו וכיון שכן כל שהתנה בע"ח שלא להתחייב בשמירתו כלל הו"ל כאלו פירש שלא משכנו לגובייא אלא לזכרון דברים בעלמא שאם משכנו לגובייא איך יתכן שיתנה עמו שלא יתחייב בשמירתו דכיון דגבאו

בחובו הרי הוא שלו ואין אדם מתנה עם חבירו שיתחייב לשלם מה שיגנב או שיאבד מביתו ומרשותו בשכר המתנת פריעת חובו ודוק איברא דמדברי הרא"ש והביא דבריו מרן בב"י ס"סי תמ"א והמ"א ז"ל שם סק"ו משמע דאפילו לא קבל אחריות המשכון עליו בע"ח קונה משכון לעבור עליו בב"י שהרי עלה דמתניתין דפרק כ"ש דל"א כתב וז"ל וישראל שהלוה את הנכרי על חמצו אחר הפסח אסור בהנאה מיירי כשהרהינו אצלו וא"ל מעכשיו דאי לא"ה לא קני ליה ישראל דקי"ל כת"ק דר"מ דישראל מנכרי לא קני משכון הילכך אפי' הרהינו אי לא א"ל מעכשיו שרי ומיירי שאין אחריות המשכון עליו דאי אחריות עליו אפילו לא היה המשכון שלו עובר עכ"ל והשתא כיון דמיירי בשאין אחריות המשכון עליו מה צורך לו להרא"ש ז"ל לומר דאי לא א"ל מעכשיו לא קני ליה ישראל דקי"ל כת"ק דר"מ דגוי מישראל לא קני משכון כו' הא אפילו אי קי"ל כר"מ דקני משכון כיון דמיירי שלא קבל הישראל אחריות המשכון עליו לא מהני מידי קנית המשכון ואכתי לא קעבר הישראל משום ב"י כיון דאין אחריות המשכון עליו אלא ודאי משמע דס"ל להרא"ש ז"ל דאפילו לא קבל אחריות המשכון עליו אי הוה קי"ל כר"מ דישראל מגוי קונה משכון היה הישראל עובר עליו ולהכי הוצרך לומר דאנן קי"ל כת"ק דר"מ דישראל מגוי לא קני משכון:

עוד כתב הש"ך ז"ל דמאחר דרבו הפוסקים הסוברים כרש"י ז"ל דמשכנו שלא בשעת הלואתו מתחייב אפילו באונסין אם עדיין לא שלם הלוה מצי למימר קים לי כרש"י וכן אם חזר ותפס אחר ששילם אפי' בעדים דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה בעדי' וכתב עוד דבהגהת מיימון פ"י מה' שכירות כתב דר"ת ז"ל ס"ל דאינו חייב באונסין כמ"ש בתשו' מיימוניות סי' כ"ג ותמה ע"ז דר"ת ז"ל שם באותה תשובה איירי בשעת הלואתו ולהכי כתב דהוי כש"ש יע"ש ואפשר דעיקר ראיית ההגהות ז"ל הוא מדסתם ר"ת ז"ל ולא פירש דדוקא במשכנו בשעת הלואתו קאמר אבל שלא בשעת הלואתו חייב באונסים משמע דס"ל דאין חילוק ומבואר עוד כן ממ"ש עוד שם וז"ל ועוד ראיה לדבר דאם נאנס המשכון ישבע ויטול כל חובו דאמרינן בני העיר ששלחו את שקליהם כו' ורואה אני הדברים ק"ו ומה פועל כו' מלוה על המשכון לא כ"ש בן בנו של ק"ו דמלוה איתּ ביה גמילות חסד לא מחייבינן ליה ועוד מלוה קתני ל"ש במשכנו בע"כ ל"ש בגמילו' חסד יע"ש ומדברים אלו משמע דס"ל דאפילו שלא בשעת הלואתו דינא הכי דלא מיחייב באונסין ודוק:

עוד כתב הש"ך ז"ל וז"ל ועוד נלפע"ד דאף שגדולי הפוסקים הבינו בדעת הרי"ף דאינו קונה אותו אלא לענין דהוי ש"ש מ"מ אין זה מוכרח בדעתו וכיון שכבר בררתי דהעיקר

בש"ס דקונה אותו לאונסים אם כן יותר נראה דגם דעת הרי"ף ז"ל כן וראיה לזה דאי לא ס"ל הכי לאיזה צורך הביא בס"פ שבועת ה